

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

LETTICIA DE PAULI SCHAITZA

**INTERAÇÃO DELIBERATIVA E O PAPEL DAS CORTES SUPREMAS SOB UMA
PERSPECTIVA INTRAINSTITUCIONAL**

CURITIBA

2016

LETTICIA DE PAULI SCHAITZA

**INTERAÇÃO DELIBERATIVA NAS CORTES SUPREMAS SOB UMA
PERSPECTIVA INTRAINSTITUCIONAL**

Monografia apresentada pela acadêmica Letticia de Pauli Schaitza ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau em bacharel em Direito.

Orientador: Prof.º Dr.º Clemerson Clève.

Coorientador: Prof.º Dr.º Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni.

CURITIBA

2016

RESUMO

A legitimidade democrática e institucional da ingerência do Judiciário em âmbitos, a princípio, reservados a representantes eleitos pelo povo recebe críticas substanciais e procedimentais. Por outro lado, é justificada com base na capacidade da Corte atuar como instância contramajoritária, protegendo o direito das minorias em face das performances possivelmente tirânicas da maioria, e em sua capacidade argumentativa de justificação. Essas premissas, porém, devem ser problematizadas. Pode-se questionar não apenas o grau de fidelidade da representação da vontade da maioria pelos representantes eleitos e a ideia de que a Corte atua necessariamente em prol da proteção da minoria, bem como a própria concepção abstrata e volúvel de vontade da maioria. Além disso, a capacidade argumentativa da Corte é raramente analisada sob um viés deliberativo e colegiado. Vale dizer, ignora-se que os juízes não decidem em um vácuo institucional e que a interação com seus pares influencia na tomada da decisão. Tendo isso em vista, o presente trabalho pretende esmiuçar o valor da colegialidade na atividade decisória através de revisão bibliográfica nacional e estrangeira, sobretudo norte-americana. Partindo dos pressupostos de que tribunais colegiados não são naturalmente instituições deliberativas e que os benefícios da deliberação não são inequívocos, objetiva-se examinar as estruturas institucionais e os valores éticos capazes de influenciar a performance colegiada, seja para promovê-la ou desgastá-la, no momento em que o colegiado forma sua convicção e na forma pela qual a expõe ao público. No primeiro momento, nota-se a necessidade do compartilhamento pelos ministros de uma orientação ao consenso, enquanto ao segundo se mostra imprescindível uma unidade institucional. Ambos, porém, encontram-se ausentes no processo deliberativo do Supremo Tribunal Federal, caracterizado, dentre outras coisas, por uma cultura individualista, um regimento interno rígido, votos longos, desconexos e baseados em argumentos de autoridade, cuja mera agregação impossibilita a identificação de uma voz institucional. Diante desse panorama, longe de pretender construir um discurso homogêneo e ideal sobre as Cortes Supremas, lançam-se algumas alternativas para o resgate da colegialidade e da unidade institucional da Suprema Corte brasileira a partir da sua contraposição aos modelos estadunidense e italiano de deliberação.

Palavras-chave: Cortes Supremas; deliberação, colegialidade; ética de consenso; precedentes.

ABSTRACT

The democratic and institutional legitimacy of the interference of the Judiciary in spheres initially reserved to representatives elected by the people receives substantial and procedural critics. On the other hand, it is justified in the capacity of the Court to act as a counter majoritarian instance, protecting the right of minorities facing possibly tyrannical performances of the minority and in its argumentative capacity of justification. These premises, however, must be problematized. The degree of fidelity of the representation of will of the majority of the elected representatives and the idea that the Court acts necessarily towards the protection of the minority, as well as the abstract and volatile conception of the minority's will can be put in question. Furthermore, the argumentative capacity of the Court is rarely analyzed by the deliberative and collegiate bias. This means that the fact that judges do not decide in an institutional vacuum and that the interaction with their peers is influenced in the decision making process is ignored. Bearing this in mind, this work intends to analyse the value of collegiate in the decision-making activity through the national and international bibliographic review, overall north-American. Working on the assumption that collegiate tribunals are not naturally deliberative institutions and that the benefits of deliberations are not unequivocal, the aim is to examine the institutional structures and ethical values capable of influence on the collegiate performance, either to promote or to wear it out in the moment that the collegiate forms its conviction and in the form in which it is exposed to the public. Firstly, it is noticed the necessity that the ministers share an orientation to consensus, whilst secondly, an institutional unity is essential. Nevertheless, neither are found in the deliberative process of the Federal Supreme Court, which is characterized by, but not only, an individualistic culture, a rigid internal regiment, long votes, disconnected and based in arguments of authority that simple aggregated prevents the identification of an institutional voice. In this context, far from seeking to construct an homogeneous and ideal speech about the Supreme Courts, some alternatives are presented for the rescue of the collegiality and institutional unity of the Brazilian Supreme Court in contrast to the Italian and American models of deliberation.

Keywords: Supreme Courts; deliberation, collegiality; consensus ethics; legal precedents.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. DESENHO INSTITUCIONAL E DELIBERAÇÃO JUDICIAL.....	8
1.1. A nova configuração do princípio da separação dos poderes e a legitimação da Corte Constitucional.....	8
1.2. Cortes Supremas como “deliberadores internos”: a deliberação em um tribunal colegiado.....	22
2. O IMPACTO DA INTERAÇÃO COLEGIADA NA DELIBERAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL.....	34
2.1. A dinâmica colegiada e a formação da convicção judicial	34
2.2. Decisão deliberativa e esfera pública: a definição prospectiva do direito.....	47
3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A NECESSIDADE DE UMA RESPOSTA INSTITUCIONAL EM NOME DA CORTE.....	59
3.1. O déficit deliberativo do Supremo Tribunal Federal na fase deliberativa.....	59
3.2. O déficit deliberativo do STF na fase pós-deliberativa e a necessidade de uma reforma cultural	77
CONCLUSÃO	92
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	96

INTRODUÇÃO

A partir do reconhecimento de que a linguagem e, conseqüentemente, o direito, são por natureza, vagos e imprecisos, não só o conceito de Corte de Vértice mudou, mas também sua eficácia e função. Cortes de interpretação, direcionadas a um papel prospectivo em prol da promoção da unidade do direito, substituíram Cortes de controle, introspectivas, passando a ter autogoverno. Além disso, em um contexto de crise de funcionalidade, dificuldade de promoção de consensos e cortes orçamentários é cada vez mais recorrente a intervenção do Poder Judiciário e, sobretudo, dos tribunais constitucionais, quando da omissão ou desvirtuamento dos demais poderes, não apenas para a resolução de casos concretos, mas principalmente para a definição do direito através da atuação do tribunal constitucional.

No entanto, a legitimidade democrática e institucional da ingerência do Judiciário em âmbitos reservados a representantes eleitos pelo povo, a partir da roupagem clássica do princípio da separação dos poderes, nunca deixou de ser questionada ao longo da história, substancial e procedimentalmente, recebendo, por outro lado, argumentos de justificação. Estes se baseiam, sobretudo, na capacidade da Corte atuar como instância contramajoritária, protegendo o direito das minorias em face das performances possivelmente tirânicas da maioria, e em sua capacidade argumentativa de justificação. Nessa perspectiva, caracteriza-se a Corte não apenas como contra-poder, instituição parte do sistema da separação de poderes e do *check and-balances* previsto na maior parte das constituições democráticas, mas também como contra-argumento, isto é, agente apto a proferir razões iluminadoras de controvérsias e promotor do debate público de forma transparente, coerente e racional.

Essas premissas, porém, devem ser problematizadas. Por um lado, pode-se questionar não apenas o grau de fidelidade da representação da vontade da maioria pelos representantes eleitos e a ideia de que a Corte atua necessariamente em prol da proteção da minoria, mas também a própria concepção abstrata e volúvel de vontade da maioria. Por outro, a capacidade argumentativa da Corte é raramente analisada sob um viés deliberativo e colegiado. Em síntese, ignora-se a redefinição da separação de poderes e a dinâmica interinstitucional na definição do direito bem como o fato de os juízes não decidirem de forma isolada a influências externas e, principalmente, para os fins desse estudo, internas.

Sendo assim, não se pode estudar o papel das Cortes Constitucionais sem considerar os constrangimentos aos quais elas estão submetidas. Tendo isso em vista, o primeiro capítulo desse trabalho se propõe a examinar as pressões às quais as Cortes estão sujeitas e, principalmente, a influência da interação dos seus membros entre si para o resultado final. Os

juízes devem calcular não apenas as prováveis reações dos demais agentes políticos e do povo diante de suas decisões, mas também a disposição dos demais membros da instituição da qual fazem parte e cuja voz, de forma unitária, deverá ser responsável pelo desenvolvimento do direito.

A influência dessa interação é, em geral, ignorada por aqueles que justificam a legitimidade da atividade jurisdicional em sua capacidade argumentativa. Tribunais colegiados não são agentes intrinsecamente deliberativos, supondo, para tanto, o compartilhamento de uma “ética de consenso” e uma estrutura institucional favorável necessariamente filtrada por uma performance colegiada, isto é, por uma cultura institucional interna direcionada para a busca de consenso. Caso contrário, a depender do modo pelo qual os juízes interagem, a deliberação pode implicar, ao invés do acomodamento de opiniões, seu acirramento.

Em outras palavras, além de os tribunais colegiados não serem naturalmente instituições deliberativas, os benefícios da deliberação não são inequívocos. É imprescindível o reconhecimento pelos julgadores da transformação que a função das Cortes Supremas exige no seu modelo de julgamento. Se antes o valor da argumentação residia na resolução da controvérsia dos litigantes através da declaração do sentido exato da lei, hoje, o aprofundamento da deliberação é fundamental para a definição do sentido do direito, prospectivamente, e para a própria legitimação da função da Corte.

Com efeito, o processo deliberativo das Cortes Supremas deve produzir um resultado racional e coerentemente justificado, através de um processo de diálogo e persuasão mútua no qual todos deliberadores se manifestem sobre todas as questões levantadas. O tribunal deve agir de forma colegiada, consciente de sua missão institucional. Em resumo, além de orientada para o consenso, uma deliberação colegiada inclui concepções do papel dos juízes, o interesse em apresentar uma frente unida para outras instituições e a vontade de os juízes serem percebidos como agentes cooperativos.

Se a colegialidade na deliberação é responsável por potencializar a qualidade da decisão judicial, uma série de fatores, porém, interferem na forma como a performance colegiada ocorre. Diante disso, no capítulo dois identificam-se tais variáveis tanto no momento em que a convicção dos membros da Corte se forma quanto no contexto em que a Corte, como instituição, disponibiliza sua opinião – ou as de seus componentes – à esfera pública.

Em um primeiro momento, analisa-se como a diversidade da composição da Corte, seu número de membros, sua estrutura geográfica e normativa, a eventual exposição pública

de seu debate interno, a exigência ou não de unanimidade, a atuação do relator e o papel do relatório interferem em sua dinâmica decisória. Em um segundo momento, examina-se o modo pelo qual pode ser realizada e atribuída a redação da opinião da Corte e sua influência no conteúdo do direito.

Por fim, no terceiro capítulo, apresenta-se o modelo de deliberação do Supremo Tribunal Federal, bem como a forma pela qual ele expõe suas decisões ao público. Objetiva-se traçar o perfil deliberativo do STF por meio da análise de suas variáveis institucionais e normativas e do ambiente cultural no qual decide. A partir disso, arrisca-se lançar algumas alternativas para o resgate da colegialidade e da unidade institucional da Suprema Corte brasileira.

Por certo, não é possível construir um discurso homogêneo sobre as Cortes Supremas, visto que não apenas apresentam diferenças estruturais, de competência, composição e funcionamento, como se inserem em contextos institucional e culturalmente diversos. É possível, no entanto, buscar em outras molduras e ordenamentos novas referências e perspectivas possivelmente adaptáveis – de forma criativa – a nossa realidade.

Tendo isso em vista, expostos os déficits deliberativos do STF, realizam-se observações pontuais aos modelos deliberativos italiano e estadunidense, por representarem modelos típicos de deliberação interna e externa, respectivamente. Isto é, são modelos que reproduzem dois tipos de deliberação – um interno, no qual por meio da persuasão e da argumentação se alcança uma resposta institucional, sempre que possível única, e um externo, caracterizado pelo direcionamento do esforço deliberativo a partir e em direção a uma audiência externa.

1. DESENHO INSTITUCIONAL E DELIBERAÇÃO JUDICIAL

1.1. A nova configuração do princípio da separação dos poderes e a legitimação da Corte Constitucional

Em uma democracia constitucional, o poder se encontra repartido a fim de evitar o desenvolvimento de governos tirânicos e autoritários. Tal sistema de *check-and-balances* tem sua origem em O Federalista¹, mas hoje se apresenta sob nova roupagem, mais flexível e maleável. Reconhece-se, atualmente, a interação necessariamente dinâmica entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, variável não apenas de acordo com o desenho institucional no qual estão inseridos,² mas também conforme a dinâmica dos agentes envolvidos e da história constitucional existente.

José Rodrigo Rodriguez salienta que o núcleo normativo próprio da democracia é justamente o princípio segundo o qual a dinâmica institucional é adaptável a variadas conjunturas.³ Dessa forma, não é possível a prévia definição acerca do papel a ser ocupado pelo Poder Judiciário na repartição de competências, cabendo a este ser construído e (re)delineado constantemente.⁴ Para o autor,

a concepção de que a regra contenha nela mesmo toda a dinâmica institucional e determine de antemão seu desenvolvimento efetivo, assim como a ideia de uma “regra do jogo” cujo sentido seria sempre estável e inequívoco, antes encobrem do que mostram a dinâmica institucional concreta e o funcionamento da democracia.⁵

Dessa forma, só faz sentido falar em “ativismo judicial” quando se toma como padrão uma teoria normativa da política fundada numa noção estática de separação de poderes.⁶ Consequentemente, na atualidade, são menos definidas as fronteiras entre legislação

¹ LIMONGI, Fernando Papaterra. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco (org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2000, v.1.

² “Um desenho institucional consiste na alocação de faculdades de estatuir e da faculdades de vetar em diferentes agentes. Entre vetos e estatuições, desenha-se um processo decisório, distribuem-se poderes, moldam-se incentivos institucionais, criam-se canais saudáveis de interlocução. Numa sucessão de testes, uma decisão coletiva finalmente é tomada. (...) O controle de constitucionalidade seria uma veto a mais na intrincada rede das faculdades de vetar e estatuir que compõe a engenharia da separação de poderes.” (MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 132).

³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 188.

⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 199.

⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 187.

⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 183. Nesse ponto, Barroso explica que “As pessoas fazem uma grande confusão entre judicialização e ativismo judicial. A judicialização no Brasil é um fato, que decorre da constitucionalização

e jurisdição, entre política e direito. Não se pode mais negar sua intrínseca e inevitável relação.⁷ Barroso admite que o juiz não faz escolhas livres tampouco suas decisões são estritamente políticas.⁸ É certo que o Judiciário assumiu novo papel em relação ao Legislativo, a partir do qual passou a regular a atividade parlamentar por meio da imposição de restrições substantivas ao processo legislativo através do controle de constitucionalidade e a interferir na própria atividade política mediante a limitação do comportamento de grupos de interesse, partidos e agentes políticos.⁹

Ora, impera reconhecer que atividades podem ser compartilhadas de forma harmônica entre mais de um poder, o que, porém, não significa que serão desempenhadas da mesma maneira. Exemplo disso é o desenvolvimento do direito. Partindo-se do pressuposto de que o juiz não se limita à aplicação de regras e à definição do exato sentido da lei, admite-se sua participação na criação normativa e, portanto, seu cunho criativo e político.¹⁰ Nesse

abrangente da Constituição de 1988. Com isso, há muitos temas que em outras partes do mundo são deixados para legislação ordinária, mas no Brasil são tratados na Constituição, de uma forma detalhada. Trazer uma matéria para a Constituição é, de certa forma, retirá-la da política ordinária e trazê-la para o mundo judicial. Então, na medida em que a Constituição tem regras sobre meio ambiente, sistema previdenciário, índios, criança e adolescente, administração pública, sistema tributário, ela potencializa o fato de que essas matérias podem ser trazidas para o Judiciário. E a Justiça não pode dizer que não vai julgar. Uma vez judicializada uma matéria, aí sim o Judiciário pode se comportar de uma maneira ativista, ou de uma maneira autocontida. Eu não gosto mais da palavra “ativista”. Ela perdeu o conteúdo e passou a ser uma forma de desqualificar o pensamento do outro. Prefiro classificar como “atuação expansiva” ou “atuação autocontida”. (VASCONCELLOS, Marcos. Óleo na engrenagem. Maior trabalho de gabinetes do STF é com casos que o ministro não vai julgar. *Conjur*. Publicado em 2 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf-parte>. Acesso em 30 de outubro de 2016).

⁷ “Judicial review can be understood as attractive precisely because it is embedded in politics, but is not quite of it. Politics and law are not separate, they are symbiotic. It would be remarkable to believe judicial review could operate entirely independent of politics or would be tolerated as such. Nor is it clear that this would be desirable given social and constitutional commitments to accountability and checks and balances. The practice of judicial review is valuable in that it serves as one more counterweight, like many others in our constitutional system. Moreover, because judicial decisions about constitutional law are sticky – they cannot be overturned at the drop of a hat – judicial review serves to channel and foster societal debate about constitutional meaning”. FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review* 84, 2, 2005. p. 333). No mesmo sentido: “(...) constitutional judges are not wholly separate from politics. If they are final and can restrain rulemaking power, they are themselves, on one hand, subjected to intrinsic limitations and, on the other, able to exercise self-restraint and defer to legislators. Moreover, Constitutional courts do not decide alone, in a vacuum, but in a course of a conversation, in an open dialogue with society; they proceed “by trial and error”; they adopt strategies to adjust their powers to the other powers. Therefore, the stereotype that opposes justice to democracy and law to politics should be re-examined in the light of more careful research. As noted by political scientists, these dichotomies must be rejected: law is different, but not separate from politics; legislators govern with judges; the decision-making behaviours that constitutional review engenders are always both judicial and political and legislating, litigating and constitutional adjudication are – increasingly – mutually constitutive processes”. (CASSESE, Sabino. The Will of the People. In: *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale (dialogo di diritto comparato)*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2012. pp. 32-33).

⁸ BARROSO, Roberto. As razões sem voto. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Volume 5. Número Especial. 2015. p. 33

⁹ CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição federal, controle jurisdicional e níveis de escrutínio. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 9, n. 32, p. 97-123, jul./set. 2015. p. 103.

¹⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 129.

ponto, reconhece-se a atribuição de fazer política à uma instituição não eleita democraticamente, o que, há muito, motiva os estudiosos a buscar uma justificativa de legitimação.

Afinal, onde residiria a legitimidade de poucos “iluminados” para sobrepor com suas decisões a vontade majoritária de representantes eleitos democraticamente? Basicamente, as objeções contra as Cortes podem ser classificadas em substantiva e procedimental. A primeira compreende a ideia de que as decisões legítimas numa democracia são as que refletem a vontade majoritária, que, por sua vez, seria representada apenas pelos poderes eleitos democraticamente, visto que submetidos a um controle popular periódico. Nessa visão, as Cortes, porque não compostas por representantes conclamados pela vontade popular, estariam imunes à *accountability* popular e, por isso, representariam um risco à própria democracia, não sendo legitimadas, portanto, a anular ou reconfigurar aquilo decidido e votado democraticamente pelos agentes eleitos. Procedimentalmente, a crítica reside justamente na ausência de processo democrático para a indicação dos juízes, via de regra.¹¹

Em resposta a essa desconfiança, fundamenta-se a legitimação democrática do controle de constitucionalidade, substancialmente, em quatro proposições. Primeiramente, no reconhecimento de que a norma legislativa não está implícita no texto legal e dele difere. Consequentemente, precisa ser interpretada e (re)construída pelo juiz a partir de elementos textuais e extratextuais, o que não contradiz a atividade do legislador, mas a complementa. Em segundo lugar, no papel contramajoritário da Corte, isto é, na sua qualidade de integrante da dinâmica de *check and balances* capaz de proteger a tutela dos direitos fundamentais e das minorias em face da *ditadura da maioria*. Em terceiro lugar, na capacidade argumentativa da

¹¹ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review* 91, 1993. p. 588. Há casos, porém, em que juízes são eleitos, como em alguns estados norte-americanos, nos quais são realizadas até mesmo campanhas eleitorais (ver: MELO, João Ozorio. Limite da imparcialidade. Campanha para eleições de juízes é a mais controversa nos EUA. *Conjur*. Publicado em 4 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-04/campanha-eleicoes-juizes-controversa-eua>. Acesso em 31 de outubro de 2016). Conforme sistematiza Alberto André Barreto Martins, “existem três formas de escolha dos juízes. Eles podem ser indicados pelo Poder Executivo, com posterior confirmação pelo Legislativo, sendo o modelo adotado na Justiça Federal e em alguns estados. Os juízes também podem ser indicados pelo Executivo com escolha baseada em lista preparada por uma comissão independente. Por fim, também podem ser escolhidos mediante eleição popular”. Pontua que a forma de escolha de juízes através de eleições pode se dar de três formas: eleições partidárias (o candidato a juiz deve ter filiação partidária), eleições não partidárias (independentemente de filiação) e referendo (merit selection). Expõe, ainda, que “através do referendo, a seleção do juiz se faz por indicação do governador, o qual, via de regra, escolhe um candidato presente em lista formada pela ordem dos advogados local (bar association), e após certo tempo de exercício da magistratura ele passa por um processo de referendo popular (retention election), no qual a população dirá “sim” ou “não” quanto a sua permanência no cargo. Caso a resposta geral seja “sim”, então se dá a confirmação do juiz e ele adquire estabilidade”. (MARTINS, Alberto André Barreto. Organização judiciária dos Estados Unidos da América. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7430. Acesso em 31 de outubro de 2016).

Corte de apresentar as “melhores razões” para a resolução de questões de princípio. Por fim, na sua aptidão de catalizar o diálogo interinstitucional entre as instâncias de poder.¹²

No que diz respeito à primeira justificativa, importa reconhecer que a evolução da teoria da interpretação, o impacto do constitucionalismo e o emprego de cláusulas gerais transformaram o papel das Cortes ao reconhecer que o direito não é revelado pelo intérprete, mas (re)construído a partir de valorações.¹³ Isso porque, reproduzido por meio da linguagem, o texto legal é vago e ambíguo, sendo tarefa do operador do direito a realização de sua interpretação, de acordo não apenas com seu contexto mas também a partir de uma carga ideológica de impossível abstração.¹⁴ A propósito, Daniel Mitidiero aponta que os enunciados textuais se caracterizam por inerente ambiguidade, complexidade, implicabilidade, superabilidade e abrangibilidade.¹⁵

Assim, o intérprete, ao realizar a interpretação do texto legal, é influenciado por diferentes interesses, concepções de justiça, concepções dogmáticas e métodos interpretativos,¹⁶ de modo a reconstruir, ao longo da história, o significado normativo dos textos legais, a partir de orientações lógico-argumentativas. Dessa forma, até mesmo o enquadramento de um caso como fácil ou difícil por si só pressupõe prévia valoração e

¹² Para uma análise mais detalhada acerca da legitimação do controle de constitucionalidade ver: MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Doctoral dissertation approved by the Department of Political Science at the University of São Paulo, 2008, cap. 2.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. Justificativa do novo CPC. 1 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 13.

¹⁴ “Lembre-se de que as Cortes de Cassação e de Revisão europeias, que inspiraram as Cortes Supremas de correção latino-americanas, foram pensadas para corrigir as decisões com base na norma que estaria presente na lei. Imaginava-se que a Corte, mediante a interpretação, poderia encontrar o “exato sentido da lei” mediante a jurisprudência. O objetivo da Corte era tutelar a lei e garantir a unidade do direito objetivo. Nessa linha, o recurso é visto como direito do litigante, um direito de ter o caso resolvido de acordo com a lei. Com a evolução da teoria da interpretação e o impacto do constitucionalismo, resta clara a ideia de que o texto da lei é potencialmente equívoco, dele sendo possível extrair vários resultados-intepretação. Esses resultados são estabelecidos mediante valoração do intérprete, embora devam ser devidamente justificados mediante argumentação racional e aceitável. A Corte Suprema, então, assume naturalmente outra função, deixando de lado a de corrigir as decisões mediante a afirmação da lei para assumir a de atribuir sentido ao direito e de desenvolvê-lo. Diante disso, as decisões da Corte Suprema revelam conteúdo indispensável à regulação da vida social e passam a interessar a todos – e não apenas aos litigantes. As razões contidas nas decisões, agora vistas como precedentes, assumem naturalmente eficácia obrigatória. Note-se que o precedente não é parâmetro para o controle da legalidade das decisões, mas erige critério a ser necessariamente seguido para a resolução dos casos futuros, verdadeiro modo de ser do direito em determinado contexto histórico.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. cap. 4 p.45)

¹⁵ “Os textos são potencialmente equívocos por várias razões. Dentre elas, a ambiguidade, a complexidade, a implicabilidade, a superabilidade e a abrangibilidade dos enunciados textuais. Os enunciados são ambíguos, porque apresentam duas ou mais opiniões de significado. São complexos, porque podem exprimir duas ou mais normas ao mesmo tempo. Por vezes, pode existir dúvida a respeito da existência de um nexo de implicação entre os enunciados, da superabilidade ou não do enunciado - isto é, se ele está sujeito ou não a exceções implícitas - e da abrangência da disposição – se taxativa ou meramente exemplificativa. Em todos esses casos, o texto pode revelar-se equívoco e é necessário individualizar, valorar e escolher entre duas ou mais opções de significado a fim de obter-se uma norma.” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 55.)

¹⁶ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 55

interpretação,¹⁷ não se podendo falar na existência de uma única resposta correta¹⁸ ou da resposta intentada pelo legislador originário, o que, no entanto, não significa que o processo de interpretação não possa – ou não deva – ser racionalmente controlado.¹⁹ Conforme pontua Luiz Guilherme Marinoni, “a decisão deixa de se situar no local da procura do ‘sentido exato da lei’ e passa a ocupar o lugar da justificativa das opções interpretativas, ou seja, da racionalidade da interpretação”.²⁰ Uma vez reconhecido o direito como interpretação e prática argumentativa, reconhece-se a autonomia da decisão diante da lei.

Passa-se, portanto, de uma concepção de Corte de Cassação responsável pelo controle de legalidade para a ideia de uma Corte Suprema cuja função é a atribuição de sentido ao direito e a tutela da igualdade através da elaboração de precedentes.²¹ Reconhece-se que as Cortes de Vértice agregam conteúdo à ordem jurídica e, por isso, não mais apenas o dispositivo das suas decisões importam, mas sobretudo suas razões de decidir.²² Em outras palavras, um modelo formalista e cognitivista de interpretação jurídica segundo o qual a função da Corte de Vértice é o controle da legalidade das decisões recorridas dá lugar a um modelo que, a partir da interpretação lógico-argumentativa, atribui à Corte Suprema uma função proativa de colaboração, ao lado do Legislativo, para o desenvolvimento do direito, através de sua imprescindível interpretação.²³

No entanto, especialmente no Brasil e em geral nos países de *civil law*, em diferentes graus, ainda se reproduz um modelo formalista de interpretação jurídica que concebe os tribunais constitucionais como um terceiro grau de jurisdição. Despreza-se a função da Corte de orientação proativa do direito através de precedentes, realizando-se uma atividade reativa.²⁴

Em segundo lugar, no tocante à legitimação da Corte em razão da sua função contramajoritária, assinala-se que hoje, no Brasil, verifica-se uma crise de representação política. Isso implica reconhecer a “inevitável dificuldade de o sistema representativo expressar, efetivamente, a vontade majoritária da população”.²⁵ Trata-se, para Barroso, de um o fenômeno de certa forma universal, caracterizado pelos “desmandos do financiamento

¹⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 82

¹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 58

¹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 59

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. cap. 1 p. 39

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. cap. 4 p. 24

²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. cap. 1 p. 39

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. cap. 1 p. 40

²⁴ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado*: Ensaios. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

²⁵ BARROSO, Roberto. As razões sem voto. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Volume 5. Número Especial. 2015. p. 38.

eleitoral, a indesejável infiltração da religião no espaço público e a radicalização de alguns discursos partidários”²⁶, responsáveis por depreciar o debate público e distanciar o cidadão comum.

Logo, admitir que os poderes Legislativo e Executivo têm mais *accountability* e são mais legítimos que o Poder Judiciário tão somente porque eleitos democraticamente constitui uma falácia. Isso porque tampouco as instâncias políticas são capazes de expressar a vontade majoritária, seja em razão da dificuldade em identificá-la, da deficiência do sistema eleitoral e partidário, das disfunções do presidencialismo de coalisão (sobretudo no Brasil), dos vetos das minorias, dos interesses de agentes externos à política ou do próprio autointeresse dos representantes populares.²⁷ Para Mendes, “a regra de maioria promove, no máximo, a igualdade de impacto, um ideal insuficiente de igualdade”.²⁸ É nesse sentido que Corinna Lain demonstra que Cortes Constitucionais podem funcionar como instâncias majoritárias em face de parlamentos não representativos.²⁹

No tocante aos déficits do processo eleitoral, por exemplo, além das controvérsias relacionadas ao financiamento privado das campanhas – que absorve os interesses de elites e classes dominantes³⁰ –, o voto em um determinado candidato dá-se geralmente de acordo com o “pacote” de propostas por ele apresentado. Vale dizer, vota-se em um determinado representante muitas vezes por afinidade ideológica e até em razão do partido do qual faz parte, o que significa que não necessariamente há identificação com todas as suas orientações,

²⁶ BARROSO, Roberto. As razões sem voto. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Volume 5. Número Especial. 2015. p. 38.

²⁷ BARROSO, Roberto. As razões sem voto. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Volume 5. Número Especial. 2015. p. 39.

²⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Doctoral dissertation approved by the Department of Political Science at the University of São Paulo, 2008. p. 76

²⁹ LAIN, Corinna Barrett. Upside-Down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal*. Vol. 101:113, 2012. Disponível em: <http://georgetownlawjournal.org/files/2012/11/Lain.pdf>. p. 152. Segundo a autora, “Political polarization, monied special interests, voting deficiencies, veto gates—there are a number of forces that push democratic decision making away from majoritarian outcomes, just as there are a number of forces that push Supreme Court decision making the opposite way” (*ibidem*, p. 115-6). Outro fator apontado pela autora é a possibilidade de determinados grupos com peculiares tendências estejam subrepresentados politicamente (como mulheres nos Estados Unidos), de modo que suas preferências não são representadas devidamente (*ibidem*, p. 155). Conclui, assim, que “as a practical matter, representatives today do not represent the people; they represent the ideological activists that form their party base” (*ibidem*, p. 152).

³⁰ Para Jaramillo, “El elegido no se siente comprometido con quienes lo eligieron sino con quienes financiaron su campaña. Dentro de esta lógica perversa se contribuye a su vez a agravar otras falencias de las democracias latinoamericanas: la corrupción y el clientelismo” (JARAMILLO. Leonardo García. ¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. In: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 60, n. 2, maio/ago. 2015, p. 67-95. p. 68). Corinna Lain arremata que “Money talks. And where money talks to elected officials, elected officials are prone to listen”. LAIN, Corinna Barrett. Upside-Down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal*. Vol. 101:113, 2012. Disponível em: <http://georgetownlawjournal.org/files/2012/11/Lain.pdf>. p. 151)

ainda mais naquilo considerado moralmente controvertido.³¹ A propósito, Leonardo Garcia Jaramillo pontua que os progressos alcançados na democracia eleitoral não contribuíram para o desenvolvimento de uma democracia real, capaz de garantir os direitos políticos mínimos,³² visto que se coopta, muitas vezes, por interesses políticos sectários, empresariais e forças de mercado.³³

Assim, a crescente intervenção do Poder Judiciário é mero reflexo dessa estrutura.³⁴ Sua participação é exigida em múltiplos contextos em que o custo político para a tomada de uma decisão no Congresso é muito alto; em situações em que é, então, chamado a agir, no tempo adequado, a partir de critérios delimitados pelo poder representativo.³⁵ Nesse ponto, não se pode afirmar que o Poder Judiciário atua exclusivamente na defesa dos direitos das minorias, sobrepondo-se à vontade da maioria. A jurisdição constitucional inclui necessariamente atuações majoritárias e contramajoritárias.³⁶

Em outras palavras, o Poder Judiciário não é necessariamente uma instância contramajoritária e, portanto, não é sistematicamente menos majoritário que as instâncias políticas.³⁷ Conforme assinala Barry Friedman, o próprio conceito de majoritarismo é

³¹ Barry Friedman destaca que “agenda setting is a problem, for individuals as well as in the public sphere. Some people feel so strongly about issues such as abortion that they choose their representatives on that basis alone. For many of us, however, representatives represent a variety of views and we vote on the bundle” (FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, 91, 1993. p. 639). A propósito, Dussel destaca que “necessariamente, dada a finitude da condição humana, toda legitimidade é relativa, imperfeita, falível” (DUSSEL, Enrique. 20 teses de política. São Paulo: Expressão Popular, 2007. p. 99).

³² Nas palavras do autor, “(...) los progresos alcanzados en la democracia electoral no han contribuido con el desarrollo de una democracia real, es decir, una democracia donde se garantizan derechos políticos mínimos (voto, oposición, pluralidad partidista, división de poderes y un sistema de frenos y contrapesos que opere razonablemente bien)”. (JARAMILLO, Leonardo García. ¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. In: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 60, n. 2, maio/ago. 2015, p. 67-95. p. 68).

³³ JARAMILLO, Leonardo García. ¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. In: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 60, n. 2, maio/ago. 2015, pp. 67 e 95.

³⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como deciden las cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p.130.

³⁵ Para Conrado Mendes, “se a separação de poderes é uma cadeia decisória que distribui faculdades de vetar e de estatuir, caberia ao judiciário, quando dotado de um bom argumento, vetar decisões legislativas com a finalidade de qualificar a interlocução institucional com argumentos moralmente densos. Esse veto se justifica não pelo seu conteúdo, que será necessariamente controverso, mas pela razão prudencial de acautelar o sistema político contra sobressaltos majoritários. O que ele faz, portanto, não é assegurar o mínimo ético do regime democrático, mas retardar o processo decisório, esperando que o tempo possa contribuir para uma decisão de maior densidade deliberativa”. (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Doctoral dissertation approved by the Department of Political Science at the University of São Paulo, 2008. p. 10)

³⁶ BARROSO, Roberto. As razões sem voto. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Volume 5. Número Especial. 2015. p. 36

³⁷ Para o autor, “Courts are not systematically less majoritarian than the political branches”. (FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, 91, 1993. p. 582). Para Barroso, “o juiz não é escravo do sentimento social e muito menos da opinião pública, mas deve olhar pela janela e saber qual é a voz das ruas. O juiz tem que saber qual é o sentimento social. E se ele puder decidir na forma da Constituição na

problemático e não pode servir como ponto de partida para comparação, pois a premissa de que as instâncias eleitas democraticamente são, de fato, representativas da voz da maioria pressupõe que i. há uma vontade majoritária identificável; ii. há fidelidade na representação desta através dos representantes eleitos; e iii. que os constituintes originários projetaram a democracia constitucional para atender a regra da maioria – o que, na realidade, não se corrobora.

Os últimos dois axiomas já restaram superados: a vontade dos representantes eleitos não se identifica por completo com a vontade dos eleitores e a abertura do texto constitucional comporta interpretações variáveis de acordo com a evolução social.³⁸ A isso, acrescente-se não ser possível extrair uma vontade majoritária ou uma voz uniforme do povo, tendo em vista que maiorias surgem e desaparecem de acordo com o desenvolvimento do debate público. Para Friedman, na melhor das hipóteses, há uma constante mudança na opinião pública.³⁹

A dificuldade contramajoritária, assim sendo, falha no ponto em que pressupõe uma vontade majoritária estática, quando na realidade esta é fluída e dinâmica,⁴⁰ tendo em vista que nossas preferências não são binárias, mas extremamente relativas e influenciadas por fatores diversos.⁴¹⁻⁴² Além de nossas preferências individuais se alterarem por inúmeros

mesma linha do sentimento social, é muito bom. Mas, sobretudo, quando exista um direito fundamental em jogo, mesmo que a maioria queira uma determinada coisa, se aquilo não for o certo o juiz tem o dever de ser contra-majoritário, e em nome da Constituição fazer o que é certo, mesmo contra a vontade da multidão”. (VASCONCELLOS, Marcos. Óleo na engrenagem. Maior trabalho de gabinetes do STF é com casos que o ministro não vai julgar. *Conjur*. Publicado em 2 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf-parte>. Acesso em 30 de outubro de 2016).

³⁸ Nas palavras de Friedman, “Although one could argue that textual reliance is majoritarian, the opposite argument seems more persuasive. Most of the text is two hundred years old, and few of us alive today had any hand in changing the text to any significant extent. Moreover, to alter the text by formal amendment would require more than a majority of the citizenry. Reliance on the text of the Constitution therefore seems countermajoritarian”. (FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. *Michigan Law Review*, 91, 1993. p. 593). Por sua vez, Pasquino aponta que “the elections are not a divine judgment which sends the loser to hell. They simply give to the winners a fraction of political power they will use under the control of an umpire which can be asked to pass judgment if the minority requests it. Institutions have their own life, so they do not necessarily comply with the intentions of the framers”. (PASQUINO, Pasquale. “Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy.” *Ratio Juris* 11, 1 (1998): 38-50. p. 47).

³⁹ “Rather, majorities come and go as the public engages in debate. At best there is a constantly shifting of public opinion”. (FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. *Michigan Law Review*, 91, 1993. p. 638).

⁴⁰ “The countermajoritarian difficulty ultimately fails because it sees the majority and majority will as static, when in reality the viewpoint of the populace is fluid and dynamic”. (FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. *Michigan Law Review*, 91, 1993. p. 638).

⁴¹ “Our preferences are not binary, but extremely malleable, relative, influenced by choices stacked against them, and changed by discussion”. (FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. *Michigan Law Review*, 91, 1993. p. 639).

⁴² Corinna Lain também sublinha essa advertência: “By way of definition, I use the term to describe prevailing sentiment at the national rather than local level, consistent with the scholarly discourse in which I am writing. Beyond that, identifying majority will is notoriously difficult. Public-opinion-poll data can be skewed, depending on how questions are asked. Institutional support can reflect elite, rather than popular, opinion. The

motivos, por vezes nossas preferências são acomodadas, isto é, podemos decidir aceitar a “segunda melhor decisão” por crer ser o melhor que podemos alcançar.⁴³

Em que, então, residiria a legitimidade do controle de constitucionalidade? Apesar de os juízes, em geral, não serem eleitos por voto popular, os ministros das Cortes Supremas via de regra são indicados por representantes populares e em diversos casos por determinado período de tempo, o que, para alguns, possibilita a reflexão das ideologias da vontade majoritária corrente no momento da indicação.⁴⁴

Além disso, substancialmente as decisões das Cortes também contam com legitimidade democrática na medida em que não estão, ao contrário do que se diz, imunes à pressão e controle popular. Barroso, aliás, aponta cinco fatores a partir dos quais se percebe o alinhamento da Corte com a – fluída – opinião popular, quais sejam:

- i) a indicação política dos juízes, que, por isso, seriam sensíveis ao pensamento da maioria; ii) a sujeição dos juízes aos valores da comunidade e aos mesmos movimentos sociais; iii) a interação das Supremas Cortes com a opinião pública (inclusive através do *backlash*); iv) a preocupação com sua credibilidade e estabilidade institucional (em face das instâncias

same can be said of the popular press. (...) To the extent majority will exists at all—and sometimes, perhaps even often, it does not - it is the product of a confluence of forces, each contributing to a sense of consensus in its own way”. (LAIN, Corinna Barrett. Upside-Down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal*. Vol. 101:113, 2012. Disponível em: <http://georgetownlawjournal.org/files/2012/11/Lain.pdf>. p. 118)

⁴³ “Finally, accommodation to the views of others is integral to all aspects of social existence. Sometimes we are persuaded. Sometimes we decide to accept the second best because it is all we can get, or we believe it is all we can get. Sometimes we decide we have live with something we do not like because accommodation is easier than other alternatives. Sometimes others' views are imposed upon us and we feel we have no choice” (FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, 91, 1993. p. 640).

⁴⁴ Isso é destacado, por exemplo, por Corinna Lain, segundo a qual “Court Justices are not elected, but the presidents who nominate them and the senators who confirm them are—and presumably these political actors favor the appointment of Justices with ideological leanings similar to their own and the constituents who elected them”. (LAIN, Corinna Barrett. Upside-Down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal*. Vol. 101:113, 2012. Disponível em: <http://georgetownlawjournal.org/files/2012/11/Lain.pdf>. p. 159). A mesma autora, porém, faz ressalvas. “But where divided government splits control of the two or the minority in the Senate has enough votes to filibuster the appointment, a different dynamic is at work. Here presidents must weigh their partisan preferences against their need to nominate a confirmable candidate (and the amount of political capital it will cost to do it), resulting in substantial pressure to choose an ideological moderate over an ideological match”. (*ibid.*, p. 159). Também pontua que, “Even so, the judicial-appointments process is an incomplete explanation for the Supreme Court’s majoritarian decision-making proclivities at best. Supreme Court Justices have a judicial life expectancy much longer than those who put them on the bench, so their views could easily differ from the prevailing ideology of any given moment” (*idem*). Por fim, lembra casos em que muitos ministros nomeados supreenderem os presidentes que os indicaram com posições diversas daquelas por estes esperadas (*idem*). Além disso, frise-se que em nem todas as cortes se adota este modelo de indicação. Barry Friedman, referindo-se ao modelo norte-americano, assevera que “although federal judges are not elected, they are appointed by Presidents who stand for popular election. Judicial appointments often mirror the popular will that elected a President. (...) Moreover, the confirmation process for federal judges seems designed to ensure that judges are in the mainstream of popular views, at least insofar as the legislature is representative of the mainstream, and also to “teach” judges what those views are”. (FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, 91, 1993. p. 612).

majoritárias); v) o desejo de reconhecimento ou a preocupação com a imagem de seus integrantes junto à opinião pública.⁴⁵

Entretanto, uma vez que o legislador também está sujeito à maioria desses fatores, não são propriamente eles que fazem a diferença entre a efetiva representatividade do Legislativo e do Judiciário.⁴⁶ Na verdade, existem, na prática, momentos de aproximação e afastamento à opinião popular tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário. Para Mendes o que os difere é a periodicidade fixa com que isso ocorre no Legislativo.⁴⁷

Tampouco se pode ignorar o fato de as decisões judiciais serem escritas para a opinião pública – ainda que em algumas jurisdições constitucionais não sejam liberados os votos dissidentes ou não se revele o debate por trás da tomada da decisão. Assim, a Corte tem consciência da necessidade de decidir, se não necessariamente para reverenciar a maioria, no mínimo para persuadi-la.⁴⁸ A propósito, pesquisas indicam que o povo aceita a Corte mais

⁴⁵ BARROSO, Roberto. As razões sem voto. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Volume 5. Número Especial. 2015. p. 41. Corinna Lain salienta que não obstante os juízes serem, como nós, produto de seu tempo, não correspondem ao *homem médio* da sociedade. Em suas palavras, “They are well-educated elites, predominately of the upper socioeconomic class, and their views tend to reflect that fact.”³²⁶ Thus, it should come as no surprise that when the Supreme Court departs from mainstream public opinion, it tends to favor elite policy preferences instead”. (LAIN, Corinna Barrett. Upside-Down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal*. Vol. 101:113, 2012. Disponível em: <http://georgetownlawjournal.org/files/2012/11/Lain.pdf>. p. 164). Também destaca ser importante a consideração de que alguns ministros são mais susceptíveis à influência do público do que outros (*ibid*, p. 165)

⁴⁶ BARROSO, Roberto. As razões sem voto. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Volume 5. Número Especial. 2015. p. 41

⁴⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Doctoral dissertation approved by the Department of Political Science at the University of São Paulo, 2008. p. 139. Segundo o autor, “democracias constitucionais adotaram uma intrincada rede de instituições para captar e processar não somente um, mas vários tipos de opinião pública, que operariam em tempos e sintonias diversos. Grosso modo, o Legislativo e o Executivo canalizariam, por meio de eleições periódicas, a opinião pública cotidiana, tão oscilante quanto impulsiva. Já uma Corte constitucional, distanciada dos ciclos eleitorais, trabalharia num ritmo que fomenta uma opinião pública mais refletida e de longo prazo, baseada nos valores e princípios da Constituição. O controle judicial serviria para conter a taquicardia e volatilidade da opinião pública do primeiro tipo. Protegeria a democracia, costuma-se dizer, contra os germes de sua autodestruição”. (MENDES, Conrado Hübner. O STF no tribunal da opinião pública. *Os constitucionalistas*. Publicado em 29/01/2012. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-no-tribunal-da-opinioao-publica>. Acesso em 30 de outubro de 2016). Acrescenta, ainda, que “a Corte constitucional é não apenas a regente dessa opinião pública mais densa, mas ao mesmo tempo é controlada por tal opinião. Pesquisas feitas em várias democracias, das mais às menos estáveis, mostram que a capacidade real de uma Corte controlar os outros Poderes tem correlação direta com o capital político que essa mesma Corte acumula ao longo do tempo. Em outras palavras, uma Corte que deixa corroer sua própria reputação gradualmente perde força e se marginaliza no sistema político. Aqueles que se preocupam com o velho dilema de ‘quem guarda o guardião’ ou de ‘quem deveria ter a última palavra’, receosos do excessivo poder nas mãos de autoridades não eleitas, encontram aqui uma potencial resposta” (*idem*).

⁴⁸ “Even if one is skeptical about judicial assessment of majoritarian concerns, one simply cannot ignore the fact that judicial decisions are written for a public audience. Judicial opinions make clear that the Court perceives the need, if not to poll the majority, then at least to persuade it. The persuasion function explains the majoritarian nature of several aspects of the judicial opinion”. (FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, 91, 1993. p. 599).

favoravelmente do que as instâncias políticas.⁴⁹ De toda forma, se a Corte desviar significativamente da vontade popular ou da deliberação do legislador possivelmente enfrentará substancial resistência na implementação de suas decisões,⁵⁰ o que enfraquece o argumento de que apenas as instâncias sujeitas ao processo eleitoral periódico se submetem ao escrutínio popular.

O (falso) problema da dificuldade contramajoritária também perde força ao se reconhecer que o Judiciário não tem a última palavra⁵¹, uma vez que esta, na verdade, não existe propriamente.⁵² Isso porque além de a efetividade das decisões judiciais depender de aceitação para além do âmbito judicial,⁵³ não há uma única interpretação extraível da Constituição, tampouco um único legitimado a interpretá-la. Reconhece-se, assim, o papel da

⁴⁹ “Opinion polls suggest that the public perceives the Court more favorably than it perceives the other two branches of government”. (FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, 91, 1993. p. 625). Pesquisa recente produzido pela FGV Direito SP aponta que, apesar de proporcionalmente baixo, o percentual de cidadãos que confiam no Poder Judiciário é maior do que aquele dos que confiam nas instâncias políticas. Ver: MIGALHAS. Credibilidade: Apenas 29% da população confia no Judiciário, diz pesquisa. Publicado em 31 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI248251,51045-Apenas+29+da+populacao+confia+no+Judiciario+diz+pesquisa>. Acesso em 31 de outubro de 2016.

⁵⁰ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, 91, 1993. p. 626. Trata-se, aqui, da possibilidade de ocorrência do fenômeno conhecido como backlash, que, para Corinna Lain, “can occur even if a ruling has the balance of public opinion on its side because those who agree do nothing, whereas those who disagree mobilize” (LAIN, Corinna Barrett. Upside-Down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal*. Vol. 101:113, 2012. Disponível em: <http://georgetownlawjournal.org/files/2012/11/Lain.pdf>. p. 182). Terá mais probabilidade de ocorrer, porém, quando a Corte estiver a decidir questões polêmicas sobre as quais as pessoas se importam profundamente (*idem*). A autora objeta, porém, que essa reação popular contrária à decisão da Corte não é necessariamente ruim. Isso porque, segundo ela, “when backlash occurs, it launches a national conversation about the content of constitutional rights, engaging the people and their representatives in a dialogue with the Supreme Court” (*idem*).

⁵¹ “A judicial decision is an important word on any subject. But it is not necessarily the last word. Because the judicial word is not the last word, the countermajoritarian difficulty loses force”. (FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, 91, 1993. p. 644). No mesmo sentido, “a deliberative constitutional court is anything but an ultimate guardian. It is a respectful body for the opposite reason: it is aware and sincere about its fallibility, but still audacious enough to press the hard constitutional questions and, when advisable, to tackle the political system’s silent inertia and argumentative idleness”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 250).

⁵² “Enquanto à última palavra, acho que não há resposta certa para pergunta errada. A pergunta sobre quem dá a “última palavra” me parece errada, pelo fato de que não há uma última palavra na hermenêutica constitucional. Existe – tem de existir – última palavra no processo judicial, mas não última palavra sobre o sentido da Constituição. Do ponto de vista descritivo, uma decisão judicial não tem o condão de por fim à disputa social sobre questões constitucionais controversas, como as que versam sobre a igualdade, dignidade humana, propriedade e sua função social etc. Os debates tendem a persistir na sociedade e não é incomum que os perdedores na arena judicial busquem mudar o resultado alcançado no espaço jurisdicional. Isto pode envolver mecanismos como a aprovação de emenda constitucional e a luta pela nomeação de novos juízes que compartilhem a sua visão sobre o tema”. (OS CONSTITUCIONALISTAS. Conversas acadêmicas com Daniel Sarmiento. O STF não é o centro do constitucionalismo. Publicado em 25/05/2014. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo>. Acesso em 30 de outubro de 2016. Acesso em 30 de outubro de 2016.)

⁵³ “At the other end of the continuum is open defiance. Judicial orders ultimately depend upon acceptance outside the judicial realm for enforcement, and sometimes the lack of acceptance thwarts enforcement altogether”. (FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, 91, 1993. p. 645)

Corte como interlocutora, isto é, como instituição cuja voz é capaz de catalizar o debate que fora dela ocorre através de uma participação argumentativa e consciente da provisoriidade de sua palavra, tendo em vista o *continuum* argumentativo inerente às rodadas democráticas e interações estratégicas entre os poderes.⁵⁴

Além da voz da Corte, que pode e deve se modificar em caso de alteração dos valores sociais, desgaste, alteração da concepção geral acerca do direito ou em equívoco na formulação de precedente⁵⁵, há outros atores envolvidos no processo de construção do direito, capazes de com ela dialogar.⁵⁶⁻⁵⁷ O Poder Judiciário atua, portanto, dentro de um contexto institucional, influenciando e sendo influenciado não apenas pelos demais poderes, mas também por outros fatores externos e internos. Logo, não exerce a atividade jurisdicional em um vácuo institucional, isto é, em posição imune a interferências externas e até mesmo internas, verticais e horizontais. Deve, portanto, prever o comportamento dos demais atores democráticos e o resultado dos fatores envolvidos a fim de evitar a tomada de decisões que venham a ser desobedecidas ou se mostrem inefetivas.

Nessa perspectiva, Clève e Lorenzetto destacam que

Em substituição a uma leitura tradicional da separação dos poderes, a prática dos diálogos institucionais procura evidenciar pelo menos dois aspectos a respeito da formulação de decisões de casos controvertidos. Primeiro, as decisões, tomadas em qualquer um dos poderes, passam a ter um caráter parcialmente definitivo, pois, podem ser contestadas em outras instâncias públicas. Segundo, cada espaço de poder possui características que o potencializam ou o inibem para a realização de tomada de decisões.⁵⁸

Por fim, há a compreensão de que a legitimação da atividade jurisdicional está em sua capacidade argumentativa. Para Rawls, o diferencial no modo de decidir das Cortes está

⁵⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 105

⁵⁵ “E isso quando essas novas razões estão fundadas na alteração dos valores sociais, no desgaste do precedente na própria Corte Suprema, na alteração da concepção geral acerca do direito ou em equívoco na formulação do precedente, e, ainda, os valores da confiança justificada ou da isonomia não determinam a manutenção do precedente, preferindo-se a sinalização de que ele em breve deverá ser revogado para que não ocorra “supresa injusta”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. Cap. 4 p. 54)

⁵⁶ “Courts have had an important voice in this dialogue, particularly in facilitating it, but theirs is not the final or only voice” (FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, 91, 1993, p. 668).

⁵⁷ “Despite significant structural differences, both [Poderes Legislativo e Judiciário] share, in a dynamic way, a lawmaking role (...) The curious fact of their functional redundancy, though, does not make them institutional equivalents. Their structural and procedural peculiarities forge markedly different decisional settings: they diverge in their epistemic capacities, their symbolic import, their political capital and their decisional time”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 92).

⁵⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. In: *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>. p. 189.

no uso exemplar de razões públicas, capazes de ser compartilhadas por todos aqueles que detêm o status de cidadania e cujo conteúdo – público – inclui questões constitucionais e de justiça fundamentais.⁵⁹ Apesar de o uso das razões públicas também submeter os cidadãos e os agentes políticos, o Poder Judiciário e, sobretudo, as Supremas Cortes, têm para o autor um dever exemplar no emprego de tais razões.⁶⁰ Isso porque devem, além de evitar a corrosão do direito pela legislação de maiorias transitórias,⁶¹ desenvolver a melhor interpretação possível da Constituição a partir de seus conhecimentos sobre o que a Constituição e os precedentes exigem e de uma justificação em termos de uma concepção pública de justiça à qual todos os cidadãos, racionalmente, podem razoavelmente ser esperados a endossar.⁶² Nessa perspectiva, o papel do tribunal é ser um centro de controvérsia capaz de atribuir vivacidade às razões públicas e vitalidade ao fórum público, obrigando a discussão política a tomar forma de princípios, o que, aliás, contribui para educar os cidadãos sobre questões constitucionais básicas.⁶³

Dworkin também fundamenta a legitimidade da Corte na sua capacidade de tratar das questões mais fundamentais da moralidade política como questões de princípio, protegidas diante do jugo político, não apenas quando chegam à Corte, mas também nos períodos que antecedem e sucedem à atividade jurisdicional.⁶⁴ Em outras palavras, para ele, a

⁵⁹ “Public reason, then, is public in three ways: as the reason of citizens as such, it is the reason of the public; its subject is the good of the public and matters of fundamental justice; and its nature and content is public, being given by the ideals and principles expressed by society's conception of political justice, and conducted open to view on that basis”. (RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005. p. 213).

⁶⁰ “It applies also in a special way to the judiciary and above all to a supreme court in a constitutional democracy with judicial review. This is because the justices have to explain and justify their decisions as based on their understanding of the constitution and relevant statutes and precedents. Since acts of the legislative and the executive need not be justified in this way, the court's special role makes it the exemplar of public reasons”. (RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005. p. 216).

⁶¹ “A supreme court fits into this idea of dualist constitutional democracy as one of the institutional devices to protect the higher law. By applying public reason the court is to prevent that law from being eroded by the legislation of transient majorities, or more likely, by organized and well-situated narrow interests skilled at getting their way”. (RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005. p. 233).

⁶² “To say that the court is the exemplar of public reason also means that it is the task of the justices to try to develop and express in their reasoned opinions the best interpretation of the constitution they can, using their knowledge of what the constitution and constitutional precedents require. Here the best interpretation is the one that best fits the relevant body of those constitutional materials, and justifies it in terms of the public conception of justice or a reasonable variant thereof.” (RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005. p. 236). Ainda, “The liberal principle of legitimacy in Rawls consists on the exercise of political power “in accordance with a constitution the essentials of which all citizens may reasonably be expected to endorse in the light of principles and ideals acceptable to them as reasonable and rational” (*ibid*, p. 217).

⁶³ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005. pp. 237-240.

⁶⁴ “Judicial review insures that the most fundamental issues of political morality will finally be set out and debated as issues of principle and not political power alone, a transformation that cannot succeed, in any case not fully, within the legislature itself”. (DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University

independência política e a responsividade a mudanças da opinião e princípios públicos⁶⁵ torna a Corte a instância mais adequada à proteção de direitos do que as entidades políticas, corroídas por contra-incentivos.

Assim, apesar de não contar procedimentalmente com legitimação eleitoral, a legitimidade seria evidenciada *ex post* através da tomada de decisões baseadas em princípios, cujo objeto é a proteção dos direitos individuais e cujo fundamento é a teoria substantiva da representação, segundo a qual todos devem ser tratados como iguais. Isso porque para Dworkin a democracia não se resume ao governo da maioria, dividindo-se em uma dimensão política – responsável pela proteção de interesses coletivos – e uma dimensão principiológica – na qual se insere a proteção aos direitos individuais. Para o autor, enquanto a primeira deve ser resolvida nas instâncias políticas, a segunda o deve pelos tribunais constitucionais na qualidade de *trunfos* em face de decisões políticas de maiorias circunstanciais.⁶⁶

A partir disso, Luís Roberto Barroso aponta que a Corte é a guardiã das promessas constitucionais em razão da “sua capacidade de ser um fórum de princípios — isto é, de valores constitucionais, e não de política — e de razão pública — isto é, de argumentos que possam ser aceitos por todos os envolvidos no debate”.⁶⁷ A democracia contemporânea, com efeito, não se limita ao governo da maioria, exigindo, segundo Barroso, além de votos, direitos e razões.⁶⁸ Para o autor, a democracia consiste na integração de uma dimensão formal referente à política majoritária, uma dimensão substantiva e protetiva dos direitos fundamentais e outra deliberativa, na qual se realizam debates através de argumentos e persuasão.

Esta última dimensão, no entanto, é geralmente menosprezada. Tanto a legitimação das Cortes baseada na sua capacidade institucional de diálogo quanto aquela construída a partir de seu compromisso em fornecer as melhores razões não desenvolvem suficientemente a dinâmica interna através da qual a Corte, na qualidade de instituição colegiada, constrói sua

Press, 1985. p. 70). “It forces political debate to include argument over principle, not only when a case comes to the Court but also long before and long after”. (*idem*).

⁶⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 105.

⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de direito Administrativo*, v. 250, 2009. p. 204

⁶⁷ BARROSO, Roberto. As razões sem voto. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Volume 5. Número Especial. 2015. p. 37.

⁶⁸ “Além do momento da investidura, o poder se legitima, também, por suas ações e pelos fins visados. Cabe retomar a ideia de democracia deliberativa, que se funda, precisamente, em uma legitimação discursiva: as decisões políticas devem ser produzidas após debate público livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneçam as razões das opções feitas, por isso tem-se afirmado, anteriormente, que a democracia contemporânea é feita de votos e argumentos.” (BARROSO, Roberto. As razões sem voto. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Volume 5. Número Especial. 2015. p. 40).

decisão. A dimensão discursiva da democracia, exercida pela representação argumentativa, torna-a propriamente deliberativa e espera, dos julgadores, uma efetiva participação na discussão das questões sobre as quais o raciocínio decisório do colegiado está absorto. Tendo isso em vista, é imprescindível o aprofundamento da deliberação, visto que esta é responsável não apenas pela resolução dos casos concretos, mas pela legitimação das Cortes Supremas, cuja função é, em essência, a orientação prospectiva do direito.⁶⁹

1.2. Cortes Supremas como “deliberadores internos”: a deliberação em um tribunal colegiado

Como visto, os defensores do controle de constitucionalidade normalmente se valem do potencial deliberativo das Cortes para justificá-lo. Por outro lado, os críticos da revisão judicial argumentam que tal potencial, se não irrelevante, tende a ser muito fraco.⁷⁰ A ideia de que as Cortes se legitimam por sua capacidade argumentativa ou ainda por seu potencial catalizador do debate interinstitucional pressupõe que o Judiciário apresenta argumentos tão somente para uma audiência externa. Ignora, no entanto, a forma como os juízes internamente se comportam, persuadem-se e apresentam suas razões entre si.⁷¹

Nesse ponto, Rawls e Dworkin, ao conceberam a capacidade argumentativa dos juízes limitada à apresentação de razões, não elaboraram como tribunais colegiados podem oscilar no exercício dessa função e como apreendê-la.⁷² No entender de Conrado Mendes, limitam-se a desenvolver uma teoria liberal da justiça, avaliando a legitimidade da Corte de acordo com a “acertabilidade” da decisão final: se certa ou errada, melhor ou pior, mais perto ou mais longe de seus respectivos conceitos de justiça.⁷³ Tais teorias desprezam o fato de os

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 16.

⁷⁰ “The advocates of judicial review usually take for granted the deliberative potential of courts, whereas the critics of judicial review argue that deliberation in courts, if relevant at all, tends to be very poor”. (SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 11, 2013. p. 557-584. p. 559). “The defense of judicial review presupposes that the legitimacy of judicial review is grounded (at least in part) in the argumentative quality of courts”. (*ibid.*, p. 558.)

⁷¹ “The public reasoner and the interlocutor supply public reasons to the external audience. Both images ignore, however, how judges internally behave and disregard whether they have simply bargained or aggregated individual positions to reach common ground”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011 p. 102).

⁷² “Rawls and Dworkin conceived the deliberative ability of courts merely as reason-giving. They do neither elaborate on how courts may oscillate when pursuing that function nor, indeed, on how we may discern that oscillation”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011 p. 109)

⁷³ “They do not offer much analytical resource apart from a liberal theory of justice. For them, we would have to confront the substantive controversy on its face: whether the outcomes are right or wrong, better or worse, closer to or farther from their conception of justice”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011 p. 109).

juízes não decidirem sozinhos. Na realidade, em regra, apenas na instância na qual há o primeiro contato com o poder jurisdicional atua-se só e, ainda assim, a performance do julgador não pode proceder sem a consideração do sentido do direito definido deliberativamente nas Cortes Supremas.

Pode-se dizer que a visão da Corte como interlocutora acrescenta à capacidade de oferecer os melhores argumentos a aptidão de ouvir e catalizar o diálogo institucional. No entanto, ainda assim é superficial e exige refinamento. Não basta o reconhecimento de que as Cortes são instituições colegiadas que decidem por meio de argumentação, uma vez que cada qual lança mão de diferentes modelos de deliberação que merecem ser particularmente examinados.⁷⁴

Pouco se fala sobre as singularidades da dinâmica de um fórum deliberativo e de seus membros entre si. Restringe-se a elevar a Corte a um ambiente mais propício e com as melhores condições para a promoção da deliberação em razão de sua suposta imparcialidade – fruto de sua desvinculação à dinâmica eleitoral e à alternância parlamentar.⁷⁵ No entanto, apesar de imparcial, o ambiente institucional das Cortes não é neutro e tampouco intrinsecamente deliberativo. Há inúmeros fatores – externos e internos – que influenciam os juízes na tomada da decisão. Aliás, há diferentes modelos explicativos acerca da tomada da decisão judicial que podem ser agrupados nos modelos legal, atitudinal e estratégico.⁷⁶

Os defensores do modelo legal de comportamento judicial entendem que as decisões da Corte são substancialmente influenciadas pelos fatos do caso em questão a luz do significado literal das leis e da Constituição, da intenção do legislador originário e por precedentes.⁷⁷

⁷⁴ “Cortes são instituições colegiadas e, mesmo que grande ênfase seja posta na deliberação e na argumentação, quando o desacordo persiste, também decidem por regra da maioria. Entretanto, diferentes cortes constitucionais implementam diferentes modelos de “fóruns deliberativos”, variando, de um lado, entre aquelas que promovem deliberações secretas e se expressam publicamente por meio de uma voz única e consensual (como a francesa e, geralmente, a alemã), até as que fazem o desacordo externo mais explícito, publicam votos vencidos e cujos juízes se comportam de modo majoritário (como a brasileira)”. (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Doctoral dissertation approved by the Department of political Science at the University of São Paulo, 2008. p. 101)

⁷⁵ “The superficial yet widely accepted assumption that courts are special deliberative forums calls for refinement. Not much is said about what a deliberative forum entails. That contention simply stems from the institutional fact that courts are not tied to electoral behavioural dynamics, hence their impartiality, hence their better conditions to deliberate”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 108).

⁷⁶ ARGUELHES, Diego Werneck e RIBEIRO, Molhano Leandro. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. In: *Revista Direito e Práxis*. Vol. 4, n. 7, 2013, pp. 85-121. p. 90.

⁷⁷ Em outras palavras: “In a pure legal model, judges want only to interpret the law as well as possible. For this reason they choose between alternative case outcomes and doctrinal positions on the basis of their legal merits” (BAUM, Lawrence. *Judges and Their Audiences: A perspective on judicial behavior*. Princeton University Press: New Jersey, 2006. p. 5)

Por sua vez, o modelo atitudinal sustenta que os juízes decidem tão somente conforme suas respectivas ideologias e preferências políticas, de modo sincero, isto é, sob a ausência de qualquer outra influência além do seu entendimento pessoal.⁷⁸ Apesar de não negar a existência de outras variáveis em jogo, como a lei e a pressão política, pressupõe não serem suficientes para penetrar o comportamento judicial. Dessa forma, prevê o resultado das votações judiciais de acordo com a predileção ideológica dos seus julgadores⁷⁹ e trata a solução jurídica “como a soma matemática de votos individuais quanto ao resultado, em vez de como declarações do que a lei é”.⁸⁰ Em outras palavras,

No modelo atitudinal (...) o direito não se configura nem como restrição, nem motivação. Ele é apenas uma racionalização *ex post* que justifica a tomada de uma decisão baseada em uma predisposição política do juiz (predisposição esta mensurável através de sua ideologia pessoal).⁸¹

Essa perspectiva é uma ramificação interna da teoria positivista, que, em contraposição à teoria normativista, desconsidera o impacto da lei na atividade jurisdicional, engrandecendo influências externas. Ela inclui o modelo atitudinal mas comparado a ele é mais ampla na medida em que reconhece outros fatores como determinantes. Assim, os adeptos à teoria positivista sugerem que a ideologia dos juízes constitui um importante fator para a tomada da decisão, mas a ele somam pressões externas de outros atores políticos.⁸² Os

⁷⁸ “Sincere behavior refers to a Justice acting as she would in the absence of any other influence, according to her best personal understanding” (FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. *Texas Law Review*, 84, 2, 2005. p. 282).

“The attitudinal model, which was the dominant model of judicial behavior among social scientists for decades, essentially posits that judges decide cases on the basis of their personal policy preferences and political ideologies - their “attitudes.” (EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. *University of Pensilvania Law Review* 151, 5, 2003. p. 1653).

⁷⁹ ARGUELHES, Diego Werneck e RIBEIRO, Molhano Leandro. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. In: *Revista Direito e Práxis*. Vol. 4, n. 7, 2013, pp. 85-121. pp. 91-92. A explicação do comportamento judicial através do modelo atitudinal requer a mensuração da ideologia pessoal dos juízes em uma escala ideológica *liberal conservador*. A forma como tal classificação deve ser feita é controversa. Além disso, não se ignore que não basta para tanto “uma simples análise do ‘mérito’ da decisão – isto é, a simples análise do resultado, sem olhar para as razões escritas que o sustentam” (*ibidem*, p. 102). Ou seja, o foco da análise deve ser a fundamentação.

⁸⁰ “When it comes to the written opinion, collegial pressures almost certainly temper what judges can do. Attitudinalists, who obviously understand that the Supreme Court operates as a composite body, miss this because they treat cases as the mathematical sum of individual votes as to outcome, rather than as statements of what the law is”. (FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. *Texas Law Review*, 84, 2, 2005. p. 280).

⁸¹ ARGUELHES, Diego Werneck e RIBEIRO, Molhano Leandro. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. In: *Revista Direito e Práxis*. Vol. 4, n. 7, 2013, pp. 85-121. p. 99.

⁸² “The Constitution does grant Hercules a certain degree of independence, but it also embeds him in politics. This is no accident: The Constitution represents a deliberate balance between, on the one hand, separation and independence of the branches and, on the other, accountability and the idea of checks and balances. (...) That Hercules is a judge and not just any other political actor is a fact of enormous significance; still, Hercules must do his judging in a political world. Although he enjoys life tenure, he was appointed through a political process,

partidários da teoria normativista, por sua vez, no mesmo sentido dos legalistas, entendem que os casos devem ser decididos pelos juízes com base tão somente em avaliação independente da lei e dos fatos.⁸³

Por fim, as teorias estratégicas do comportamento judicial argumentam que os juízes se encontram constrangidos por outros fatores decisivos, isto é, que integram um determinado desenho institucional e, por isso, levam em conta o comportamento dos demais agentes – internos e externos – com os quais interagem no momento de decidir⁸⁴, bem como suas possíveis reações. Nesse horizonte, encontram-se os neoinstitucionalistas, para os quais as Cortes devem ser vistas como instituições, e não como plataformas para a exibição de atitudes individuais dos juízes⁸⁵ - perspectiva que ora se adota.

Internamente, leva-se em conta que não obstante os juízes poderem, de fato, decidir de acordo com suas ideologias, na medida em que as Cortes Supremas são instituições colegiadas, a sua dinâmica dialógica interna pode levar seus membros a comprometer suas preferências ideológicas para maximizar metas estratégicas. Dentre elas, destaca-se a aspiração de compor a voz majoritária da Corte e, assim, influenciar o conteúdo da opinião da maioria e contribuir para a orientação dos casos futuros, e a renúncia à possibilidade de

and his confirmation did not scrub him of the ideology he possessed before he ascended to the bench. Further, Hercules cannot act alone”. (FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. *Texas Law Review*, 84, 2, 2005. p. 260). Gillman descreve que “Attitudinalists feel that the justices’ institutional context is such that we could learn a lot about judicial politics by simply focusing on their policy preferences. PTI scholars believe that if you spend more time thinking about the Court’s context you find that the justices may also exhibit different motivations beyond those identified by attitudinalists. (...) This would mean that judges view the law, not as a tool for the promotion of exogenous preferences, but as reflective of their most deep-seated professional convictions. At the same time, to say that judges may have sincere attachments to legal values is not to deny the political nature of decision-making; we just need to remember that politics is embedded in jurisprudence, and does not merely come into play when legal values are set aside in favor of personal ones”. (GILLMAN, Howard. “The Court as an Idea, not a Building (or a game): interpretive institutionalism and the analysis of Supreme Court Decision-Making”. In: C. W. Clayton & H. Gillman (eds.), *Supreme Court Decision-Making: new institutionalist approaches*, Chicago, The University of Chicago Press, 1999. p. 86).

⁸³ FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. *Texas Law Review*, 84, 2, 2005. pp. 271-272

⁸⁴ “Strategic behavior involves acting other than sincerely, in order to ensure an ultimate outcome closest to the one the Justice personally prefers. Judges on a collegial court necessarily must moderate their views to achieve consensus, but often they might do more: They might, at times, act in a manner flatly contrary to their sincere views in order ultimately to move the law in the direction they prefer”. (FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. *Texas Law Review*, 84, 2, 2005. p. 282). Também: “What makes the calculation strategic is the understanding that an actor’s goal are a product of the interaction between his or her behavior and the behavior (or anticipated behavior) of others”. (GILLMAN, Howard. “The Court as an Idea, not a Building (or a game): interpretive institutionalism and the analysis of Supreme Court Decision-Making”. In: C. W. Clayton & H. Gillman (eds.), *Supreme Court Decision-Making: new institutionalist approaches*, Chicago, The University of Chicago Press, 1999. p. 68).

⁸⁵ “There is one other social science model that seeks to shed light on judicial decision making: ‘new institutionalism.’ The proponents of this model treat courts as institutions rather than as platforms for the display of individual [judges’] attitudes.” (EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. *University of Pensilvania Law Review* 151, 5, 2003. p. 1662)

redigir uma opinião dissidente.⁸⁶ Os juízes também podem ser motivados pelo respeito aos precedentes,⁸⁷ pelos interesses de consolidar o poder nacional, de proteger a independência da Corte, de evitar eventual *impeachment*, de promover a agenda política de alguma classe ou coalizão dominante ou, ainda, até mesmo pela ambição de concorrer, futuramente, a algum cargo político.⁸⁸

Howard Gillman realça a ideia de missão institucional da Corte, isto é, de “uma finalidade identificável ou um objetivo normativo comum que, em um momento histórico num contexto particular, torna-se rotinizado dentro de uma forma corporativa identificável como resultado dos esforços de certos grupos de pessoas”.⁸⁹ A partir deste ponto de vista, a análise dos efeitos institucionais sobre a tomada de decisão reside na verificação da influência da relação entre as atitudes e o comportamento dos atores com a missão institucional por eles discernida.⁹⁰ Nessa perspectiva, incorporam-se à análise da tomada de decisão experiências de dever e obrigação profissional, apreensões de propósito comum, preocupações sobre a

⁸⁶ “The strategic model does not reject the possibility that judges act in accordance with their personal ideologies; rather, it focuses on panel composition and presumed interactions among judges in an attempt to determine how judges influence one another in decision making.” Under this model, a judge's vote may not always reflect his or her “sincere” ideological preferences, because the internal dynamics of the panel may lead judges to compromise their ideological preferences to maximize “strategic” goals—such as being in the majority, influencing the content of the majority opinion, avoiding writing a dissent, or building capital for future cases”. (EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003. p. 1653).

⁸⁷ “O modelo dos autores aceita as premissas do modelo atitudinal e estratégico, mas incorpora o direito como uma restrição importante à maximização das preferências dos juízes por policies. A variável explicativa é a obediência, por parte dos Ministros da Corte, aos precedentes da própria instituição”. (ARGUELHES, Diego Werneck e RIBEIRO, Molhano Leandro. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. In: *Revista Direito e Práxis*. Vol. 4, n. 7, 2013, pp. 85-121. p. 104).

⁸⁸ “Maybe this means that our division of labor will consist of interpretive scholars identifying a range of judicial motivations and concerns – the pursuit of personal policy preferences, the maintenance of jurisprudential traditions, the commitment to consolidate national power, the desire to protect the independence of the Court, the interest in avoiding impeachment, the promotion of the political agenda of a dominant coalition or class, perhaps even the ambition to run for president”. (GILLMAN, Howard. “The Court as an Idea, not a Building (or a game): interpretive institutionalism and the analysis of Supreme Court Decision-Making”. In: C. W. Clayton & H. Gillman (eds.), *Supreme Court Decision-Making: new institutionalist approaches*, Chicago, The University of Chicago Press, 1999. p. 76).

⁸⁹ Tradução livre de: “From an interpretivist perspective what makes something a recognizable institution is a mission – an identifiable purpose or a shared normative goal that, at a particular historical moment in a particular context, becomes routinized within an identifiable corporate forma as the result of the efforts of certain groups of people”. (GILLMAN, Howard. “The Court as an Idea, not a Building (or a game): interpretive institutionalism and the analysis of Supreme Court Decision-Making”. In: C. W. Clayton & H. Gillman (eds.), *Supreme Court Decision-Making: new institutionalist approaches*, Chicago, The University of Chicago Press, 1999. p. 79).

⁹⁰ “From this point of view, to examine institutional effects on decision-making is, in part (the part that parallels the “intra-court bargaining” side of the strategic approach), to determine whether institutional actors are influenced in their attitudes and behavior by their relationship to their institution’s mission and to the organizational attributes that have been constructed in service of that mission”. (GILLMAN, Howard. “The Court as an Idea, not a Building (or a game): interpretive institutionalism and the analysis of Supreme Court Decision-Making”. In: C. W. Clayton & H. Gillman (eds.), *Supreme Court Decision-Making: new institutionalist approaches*, Chicago, The University of Chicago Press, 1999. p. 79).

manutenção da autoridade ou legitimidade corporativa e participação em uma rotina.⁹¹ Com efeito, quando os membros de uma Corte partilham da concepção de uma missão institucional, os interesses e as preferências não judiciais incompatíveis com as funções da instituição (como fins pessoais) são por ela filtrados.

Sob uma perspectiva externa, a Corte sofre influências de outros agentes quando estes têm o poder de “a) vetar ou reverter suas decisões judiciais; b) ameaçar a credibilidade do tribunal ou dos juízes; ou c) retaliar contra o tribunal ou os juízes individualmente”.⁹² A partir disso, é possível que os juízes acomodem suas preferências a fim de evitar conflitos e – sobretudo – não frustrar a missão institucional da Corte.⁹³

Nesse ponto, Friedman destaca que os círculos concêntricos de influência e constrangimento com os quais um juiz constitucional deve lidar incluem, além da interação estratégica com seus colegas, internamente, as pressões impostas pelos juízes de hierarquia inferior, as eventuais futuras reações dos Poderes Legislativo e Executivo – seja por meio de emendas constitucionais ou decretos provisórios, por exemplo –, e a opinião popular.⁹⁴⁻⁹⁵

Além disso, para a preservação da sua integridade institucional, a Corte, por fazer parte de um ambiente institucional heterogêneo, deve assegurar a concretização de suas ordens pelos demais agentes com quem interage através da percepção dos sinais por eles emitidos e, assim, do cálculo da sua futura reação e dos eventuais constrangimentos aos quais está submetida.⁹⁶ Dentre eles, Friedman destaca que além de os juízes poderem sofrer

⁹¹ “When we move beyond viewing institutions as facilitating or impeding self-interested behavior we are able to incorporate: experiences of duty and professional obligation, understandings of shared purpose, concerns about the maintenance of corporate authority or legitimacy, and participation in a routine – each of which suggests the presence of a kind of motivation that is something other than rational, self-interested, strategic, and calculating”. (GILLMAN, Howard. “The Court as an Idea, not a Building (or a game): interpretive institutionalism and the analysis of Supreme Court Decision-Making”. In: C. W. Clayton & H. Gillman (eds.), *Supreme Court Decision-Making: new institutionalist approaches*, Chicago, The University of Chicago Press, 1999. p. 84)

⁹² ARGUELHES, Diego Werneck e RIBEIRO, Molhano Leandro. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. In: *Revista Direito e Práxis*. Vol. 4, n. 7, 2013, pp. 85-121. p. 100.

⁹³ “The strategic approach assumes that justices will bargain or retreat in the face of a challenge or will adopt insincere positions on the merits in order to avoid a conflict with powerholders who are in a position to thwart the will of the Court”. (GILLMAN, Howard. “The Court as an Idea, not a Building (or a game): interpretive institutionalism and the analysis of Supreme Court Decision-Making”. In: C. W. Clayton & H. Gillman (eds.), *Supreme Court Decision-Making: new institutionalist approaches*, Chicago, The University of Chicago Press, 1999. p. 69).

⁹⁴ “The concentric circles of influence and constraint with which a constitutional judge must contend: strategic interaction with other judges on a collegial court, the pressures imposed by judges on the judicial hierarchy's lower rungs who have their own views of how things should be, interbranch struggles over legal outcomes with significant policy implications, and popular opinion regarding judicial outcomes and the practice of judicial review”. (FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. *Texas Law Review*, 84, 2, 2005. p. 263).

⁹⁵ “The fear of a public backlash can be a forceful inducement to implement judicial decisions faithfully”. (FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. *Texas Law Review*, 84, 2, 2005. p. 324).

⁹⁶ FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. *Texas Law Review*, 84, 2, 2005. pp. 315-316. “If not personal reputation, then the Justices might care about the institutional legitimacy of the Court.” (*ibid*, p. 324)

impeachment, a jurisdição pode ser desaparelhada, as Cortes, insuladas, e o orçamento judicial, cortado.⁹⁷

Observe-se, porém, que o processo deliberativo não comporta uma resposta binária, não sendo possível, portanto, a adjetivação precisa de suas respostas como “sinceras” ou “estratégicas”.⁹⁸ Trata-se de um diálogo complexo e concatenado por uma sequência de atos no qual os juízes devem construir conjuntamente um resultado coletivo, ainda que não unânime, diverso daquele ao qual chegariam se estivessem a decidir sozinhos.⁹⁹ Para tanto, como as Cortes não são agentes intrinsecamente deliberativos,¹⁰⁰ para que seja possível a efetivação do debate em um tribunal colegiado pressupõe-se, além de um desenho institucional favorável, o compartilhamento de um ideal de deliberação e de uma concepção de papel institucional. Deve-se partilhar, também, uma mesma ética de deliberação, isto é, os mesmos valores deliberativos.

Segundo Conrado Mendens, a performance deliberativa da Corte é consequência de uma complexa interação entre dispositivos institucionais, os traços éticos dos deliberadores, os materiais legais e o cenário político.¹⁰¹ Para ele, deliberação inclui a presunção de igualdade entre os participantes, a exibição clara de respeito e a ausência de coerção, isto é, de argumentação interpessoal resguardada de interesses egoístas, caracterizando-se pela tolerância diante de desacordos remanescentes quando esgotado o horizonte argumentativo.¹⁰² Assim, deliberadores devem ser propensos não apenas a falar, mas também a ouvir, e estar dispostos a mudar suas preferências originais à luz dos novos argumentos levantadas durante

⁹⁷ FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, 84, 2, 2005. pp. 313-314.

⁹⁸ “Three features of collegial adjudication complicate the analysis of strategic behavior in the context of multi-judge courts. First, in deference to their colleagues, appellate judges are expected to compromise or deflect their views to some extent. Second, adjudication, unlike the voting paradigm in game theory, involves the rendering of judgments rather than the expression of preferences. Finally, judges often decide controversies that raise more than one issue; indeed, in paradoxical cases they are always called on to do so. The simple line between strategic and sincere behavior seems inapt to multi-judge courts, where, as we have seen, the decisionmaking process is collegial and it is the norm for judges to sacrifice details of their convictions in the service of producing an outcome and opinion attributable to the court.” (KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. In: *California Law Review* 81, 1, 1993. p. 52)

⁹⁹ EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003. p. 1660.

¹⁰⁰ “A collegiate court is not, in and of itself, a deliberative body. I submit, nonetheless, that there are good reasons for courts to espouse that aspirational practice”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 74).

¹⁰¹ “Deliberative performance, therefore, is the consequence of a complex interaction between the institutional devices, the ethical traits of deliberators, the legal materials and the political landscape”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 122).

¹⁰² No entanto, há tribunais nos quais se exige o consenso, o que constrange muitas vezes seus membros a acomodar suas posições. É o caso da *Corte Costituzionale Italiana*, por exemplo.

a discussão.¹⁰³ Para ele, deliberação política é um processo de tomada de decisão exigente através do qual razões de um tipo específico são trocadas na tentativa de persuadir e chegar a um consenso.¹⁰⁴

O constitucionalista sintetiza que a decisão tomada de modo deliberativo necessariamente afeta aqueles que estão deliberando; não é considerada como final, e sim como ponto de partida provisório a ser sucedido por novas rodadas deliberativas; é uma prática argumentativa coletiva e de justificação diante dos demais membros; caracteriza-se pela exposição de razões particulares, isto é, imparciais ou ao menos traduzíveis para o bem comum; pela capacidade de motivar os deliberadores a revisar e alterar suas opiniões originárias e de conceber uma “ética de consenso”; é capaz de inspirar um elemento ético de respeito, segundo o qual todos merecem ser tratados com igual consideração, compreendendo, portanto, um compromisso político de inclusão, empatia e a responsividade a todos os pontos de vista.¹⁰⁵

Harry Edwards define a deliberação entre juízes como um processo de diálogo, persuasão e revisão, em que se desenvolve uma familiaridade entre suas respectivas inclinações, formas de pensar e padrões de argumentação até se chegar ao ponto de ser possível antecipar as posições uns dos outros.¹⁰⁶ Por sua vez, Ferejohn e Pasquino caracterizam a deliberação como “a participação no processo de argumentação racional subjacente à atuação pública”¹⁰⁷ através da qual se verifica a disposição dos deliberadores em alterar suas razões originais após a troca de argumentos.¹⁰⁸ Assim, um processo deliberativo consiste, antes de mais nada, num processo de persuasão no qual seus participantes estão

¹⁰³ “Deliberation denotes absence of coercion, inter-personal argumentation detached from egotistic interests, tolerance towards enduring disagreement after the exhaustion of the argumentative horizon, presumption of equal status among participants and clear display of respect. Deliberators are prone both to listen and to speak, and are disposed to change their previous preferences in the light of the new arguments that are raised during discussion”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 141).

¹⁰⁴ Nesse sentido: “Political deliberation is a demanding decision-making process through which reasons of a specific kind are exchanged in the attempt to persuade and reach consensus”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 124).

¹⁰⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. pp. 22-26

¹⁰⁶ “Deliberations among judges are characterized more accurately as a process of dialogue, persuasion, and revision. To be sure, judges do develop a familiarity with their colleagues’ inclinations, habits of mind, and patterns of reasoning. Over time, they may be able to anticipate how colleagues will approach issues”. (EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003. p. 1661).

¹⁰⁷ FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. Tribunais constitucionais como instituições deliberativas. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 43.

¹⁰⁸ FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. Tribunais constitucionais como instituições deliberativas. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 43.

abertos a absorver, compartilhar e revisar suas posições iniciais. Além disso, desenvolve-se a partir de uma ética do consenso subjacente ao diálogo.¹⁰⁹

Para Kornhauser e Sager, uma forma de decidir deliberativa afeta o comportamento dos juízes em pelo menos três diferentes maneiras. Primeiramente, maior será a gama de justificativas levantadas, o que oferece aos juízes mais opções de resultado. Além disso, tal exposição de razões pode esclarecer determinados pontos e, assim, influenciar os juízes a mudar de opinião. Ou seja, a pressão colegiada pode induzir o juiz, consciente ou inconscientemente, a conformar seu entendimento àquele que seus colegas entendem como minimamente aceitável.¹¹⁰ Os autores chegam à conclusão de que as possíveis vantagens proporcionadas pela deliberação superam seus eventuais riscos: a ignorância a respeito de justificações úteis é mais prejudicial do que a exposição a falsas ideias ou argumentos, assim como a indicação de eventuais erros e restrições compensa a eventual supressão de argumentos originais e criativos, porém inaceitáveis perante a comunidade.¹¹¹

Além do dever de os deliberadores assimilarem, implícita ou explicitamente, as diferentes opiniões apresentadas, devem realizar um exercício de imaginação e empatia quanto aos pontos de vista não expressos diretamente na discussão porque ausentes seus emissores, igualmente sujeitos ao resultado da deliberação. Também devem estar preparados para responder a todos os contra-argumentos eventualmente levantados,¹¹² sem olvidar o impacto futuro da sua decisão na esfera pública, visto que o processo deliberativo é um *continuum* marcado por circularidade, uma sequência interativa de comunicação política incessante a longo prazo.¹¹³

¹⁰⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 24

¹¹⁰ “Deliberation could affect the behavior of any given judge in at least three different ways. First, a judge may become more fully aware of the range of rationales for one or another possible result and, in some cases, more fully aware of possible results; in this sense her judgement set will have been expanded by deliberation. Second, deliberation may convince a judge that there are good reasons to change her mind. (...) Third, the communal pressures of deliberation may induce in a given judge a conscious or unconscious impulse to conform her judgment to a range of results that her colleagues treat as acceptable”. (KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. “Unpacking the Court.” *The Yale Law Journal* 96, 1, 1986. p. 101).

¹¹¹ “Thus, if we favor deliberation as a means of improving group judgement, it must be because we assume that its judgment-enhancing aspects outweigh its judgment-impairing features. Our reasons may include the view that ignorance of useful ideas or arguments is a greater hazard to the capacity of reflective individuals to form correct judgments than exposure to false ideas or arguments, or the view that the deliberative process will do more good in exposing obvious errors and restraining mad acts than harm in suppressing novelty”. (KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. “Unpacking the Court.” *The Yale Law Journal* 96, 1, 1986. p. 102).

¹¹² MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 24

¹¹³ “Deliberation is an ongoing process marked by circularity, an iterative sequence of unceasing political communication in the long run. Decision is an event along the way”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 58).

Observadas tais premissas, pode-se dizer que o processo deliberativo enriquece o processo argumentativo em quatro perspectivas: epistêmica, comunitária, psicológica e educacional.¹¹⁴ Do ponto de vista epistêmico, a deliberação esclarece as questões em jogo e maximiza as informações disponíveis aos julgadores, permitindo o alcance da melhor resposta possível. Além disso, proporciona o desenvolvimento coletivo de soluções criativas e, consequentemente, uma decisão tanto quanto possível superior.¹¹⁵ Ainda que não se chegue a um consenso, ao menos serão elucidadas as divergências.¹¹⁶

Sob a perspectiva comunitária, a deliberação incentiva o consenso – ou pelo menos desestimula o dissenso –, angaria legitimidade social e aprofunda um sentimento comunitário. No entanto, deve-se encontrar um equilíbrio para que a busca por um consenso não danifique a própria integridade da deliberação.¹¹⁷ Psicologicamente o processo deliberativo encoraja nos deliberadores e naqueles sobre os quais os efeitos da deliberação incidem um sentimento de respeito. Além disso, tem caráter educacional ao proporcionar maior *know-how* e habilidades deliberativas aos ministros, além de permitir seu maior conhecimento a respeito do objeto da causa.¹¹⁸ Enquanto as duas primeiras premissas impactam a qualidade da decisão, as vantagens das duas últimas incidem sobre os agentes envolvidos.¹¹⁹

Distanciando-se das usuais distinções realizadas entre os modelos de controle de constitucionalidade – prévio/posterior e difuso/concentrado – e reconhecendo a imprescindibilidade de uma deliberação colegiada para a legitimação das Cortes, Ferejohn e Pasquino realizam uma comparação entre os modelos norte-americano e europeu de jurisdição constitucional diferenciando-os, basicamente, pela forma como a deliberação é praticada pelas suas respectivas Cortes Constitucionais.¹²⁰

Destacam, basicamente, que enquanto o modelo continental europeu¹²¹ caracteriza-se pelo monopólio das questões constitucionais pelas Cortes Supremas, as quais realizam a

¹¹⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. pp. 31-38.

¹¹⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 80

¹¹⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 33

¹¹⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 38. Tal ponto será aprofundado nos próximos capítulos do trabalho.

¹¹⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 81

¹¹⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 81

¹²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de direito Administrativo*, v. 250, 2009. pp. 210-211.

¹²¹ Em outros trabalhos, os autores decompõem o modelo de revisão judicial europeu em três modelos ideais típicos: o italiano, o alemão e o francês. Segundo eles, “each of the three models exhibits a specialized

deliberação em sessões secretas e proferem, geralmente, uma decisão coletiva e unitária, sem votos divergentes, no modelo norte-americano os juízes da *Supreme Court*, nomeados pelo presidente com aprovação simples no Senado (evidenciando certa polarização política), decidem em sessões abertas, após a realização de audiências orais, por meio de uma decisão final que representa a soma das decisões individuais, com ressalvas aos votos divergentes e convergentes, publicados em separado. No entanto, não detêm o monopólio do controle de constitucionalidade, que é difuso.¹²²

Vislumbra, assim, dois padrões deliberativos – um interno, no qual por meio da persuasão e da argumentação se alcança uma resposta institucional, sempre que possível única, e um externo, caracterizado pelo direcionamento do esforço deliberativo a partir e em direção ao ambiente externo, isto é, à sociedade civil em geral.¹²³ Para autores, a importância da fundamentação reside tanto em seu potencial de democratizar os atos jurisdicionais através de argumentos de razão pública – compreendidos e aceitos por toda comunidade – quanto na sua capacidade de publicizar as implicações de uma decisão aos demais agentes políticos e sociais.¹²⁴

Esses dois modelos não precisam, necessariamente, estar em conflito. Uma democracia constitucional precisa de ambos. Cada qual apresenta inúmeras particularidades e variáveis durante o processo deliberativo, que, na cognição de Mendes, divide-se em três fases: pré-deliberativa, deliberativa e pós-deliberativa. Segundo o autor, a primeira corresponde ao momento em que as razões são apresentadas à Corte pelas partes e pela

constitutional court, which has prima facie a monopoly on constitutional adjudication – an institution that we and other have characterized as Kelsian. Each of these Courts is empowered to strike down legislation in certain circumstances. The chief differences among them have to do with the point in time when can overturn a statute (or legal order); whether they can control legislative or judicial (as in Germany) as well as parliamentary and executive actions; and what parties are able to access them. Roughly speaking, in the French model the Conseil can overturn statutes prior to their promulgation, cannot review administrative or judicial actions, and can only be accessed by political actors, and mostly by the political minority in the parliament. In the German model, the Federal Constitutional Court can review judicial and administrative final orders on appeal in constitutional complaint by an individual citizen, and can overturn parliamentary statutes in the judicial process. In the Italian model the court can review statutes if it is asked to rule on them by the judge of an ordinary court”. (FEREJOHN, John and PASQUINO, Pasquale. “Constitutional Adjudication: Italian Style”, proceedings of a conference at University of Chicago, October 2009, ed. Tom Ginsburg, forthcoming, 2010. p. 295).

¹²² SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de direito Administrativo*, v. 250, 2009. p. 207

¹²³ Nas palavras de Ferejohn e Pasquino, “Internal deliberation by a group is the effort to use persuasion and reasoning to get the group to decide on some common course of action. External deliberation is the effort to use persuasion and reasoning to affect actions taken outside the group. Internal deliberation involves giving and listening to reasons from others inside the group. External deliberation involves the group, or its members, giving and listening to reasons coming from outside the group” (FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. “Constitutional Adjudication: Lessons From Europe.” In: *Texas Law Review* 82 (2004): 1671-1704. p. 1692).

¹²⁴ FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. Tribunais constitucionais como instituições deliberativas. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 45-46

sociedade civil – através de audiências públicas e da participação de *amici curiae*, por exemplo. A segunda cinge-se ao momento em que os membros da Corte levam tais razões em consideração e, através de um debate entre argumentos e contra-argumentos, chegam a um entendimento, seja por maioria ou por unanimidade. Por fim, na última fase há a apresentação deste entendimento ao público, que é mobilizado a rediscuti-lo continuamente. Tal apresentação pode se dar em uma única voz (*per curiam*) ou por múltiplas vozes (*seriatim*).

Enquanto a primeira e a última fase representariam momentos de deliberação externa, nas quais se potencializa o debate público, a segunda corresponderia à fase de deliberação interna propriamente dita, na qual deve imperar um diálogo deliberativo de receptividade, persuasão e busca por consenso. Idealmente, um tribunal deliberativo, portanto, é aquele que maximiza o alcance dos argumentos de seus interlocutores, promovendo a contestação pública na fase pré-decisional e um engajamento colegiado sincero na fase decisional para, assim, elaborar uma decisão final deliberativamente escrita como resultado da fase pós-decisional.¹²⁵

No próximo capítulo, serão analisadas as variáveis dentro dos processos deliberativo e decisório das Cortes Supremas, as quais, conforme bem pontua Virgílio Afonso da Silva, podem variar consideravelmente entre sessões públicas e privadas; publicação de votos divergentes ou de apenas uma decisão consensual; redação da decisão de modo *per curiam* ou *seriatim*; etc.¹²⁶ Para tanto, realiza-se um recorte metodológico a partir do qual se seleciona para exame apenas as variáveis da fase decisional e aquelas relativas aos métodos de redação da decisão colegiada na fase pós-decisional, nos termos desenvolvidos por Conrado Mendes.

¹²⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 124

¹²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. "Um voto qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015. p. 183.

2. O IMPACTO DA INTERAÇÃO COLEGIADA NA DELIBERAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL

2.1. A dinâmica colegiada e a formação da convicção judicial

Está claro que juízes não decidem sozinhos, mas dentro de um contexto institucional externo e interno. Diante disso, devem calcular não apenas as prováveis reações dos demais agentes políticos e do povo diante de suas decisões, mas também a disposição dos demais membros da instituição da qual fazem parte e cuja voz, de forma unitária, deverá ser responsável pelo desenvolvimento do direito. Tal conjuntura é preferível em face de um juízo monocrático por em tese despersonalificar o resultado final, permitir a abertura do direito a uma pluralidade de vozes – direta e indiretamente – e construir uma decisão o menos falível possível.¹²⁷ Além disso, evita a concentração de poder, empoderando a Corte como instituição a tomar decisões políticas momentaneamente controversas.¹²⁸

No entanto, os benefícios da deliberação não são inequívocos.¹²⁹ Como visto, para um tribunal ser deliberativo supõe-se, minimamente, uma ética compartilhada, uma estrutura institucional favorável e uma orientação ao consenso. Caso contrário, a depender do modo pelo qual os juízes interagem, a deliberação pode implicar, ao invés do acomodamento de opiniões, sua dispersão, bem como perda de tempo, procrastinação, indecisão e indefinição do direito.¹³⁰ Ian Shapiro destaca que a deliberação pode razoavelmente ser esperada para lançar luz sobre a interação humana, mas assim como pode revelar novas possibilidades de convergência, pode transparecer diferenças ocultas, a depender dos interesses subjacentes em jogo.¹³¹ Com efeito, se a ausência de deliberação pode implicar ineficiência, também o pode o seu excesso ou mal direcionamento.¹³²

Tendo isso em vista, é imprescindível o reconhecimento pelos julgadores da transformação que a função das Cortes Supremas exige do seu modelo de julgamento. Se

¹²⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 82

¹²⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 77.

¹²⁹ “Deliberation’s benefits are not unequivocal, as we have seen. They depend on many contingencies of circumstance, and sometimes deliberation creates costs without attendant benefits”. (SHAPIRO, IAN. *Optimal deliberation*. The journal of political philosophy: Volume 10, number 2, 2002, pp. 196-211. p. 201).

¹³⁰ SHAPIRO, IAN. *Optimal deliberation*. The journal of political philosophy: Volume 10, number 2, 2002, pp. 196-211. pp. 196-198.

¹³¹ “Deliberation can reasonably be expected to shed light on human interaction, but this may reveal hidden differences as well as hidden possibilities for convergence. It all depends on what the underlying interests at stake actually are”. (SHAPIRO, IAN. *Optimal deliberation*. The journal of political philosophy: Volume 10, number 2, 2002, pp. 196-211. p. 199).

¹³² “Too little deliberation might lead to inefficiencies, but só might too much deliberation.” (SHAPIRO, IAN. *Optimal deliberation*. The journal of political philosophy: Volume 10, number 2, 2002, pp. 196-211. p. 202).

antes o valor da argumentação residia na resolução da controvérsia dos litigantes através da declaração do sentido exato da lei, hoje, o aprofundamento da deliberação é fundamental para a definição do sentido do direito, prospectivamente, e para a própria legitimação da função da Corte.¹³³ Nas palavras de Marinoni,

O Ministro não é mais um expectador, que pode decidir friamente sem reagir às alegações dos seus pares e dos advogados, mas alguém que, num ambiente de permanente questionamento e discussão, expõe e testa seus argumentos e colabora para a elaboração da decisão do colegiado.¹³⁴

Esse novo paradigma não depende propriamente de uma esboço normativo, mas essencialmente do compartilhamento de uma cultura deliberativa com determinadas virtudes. Mendes assinala que durante a fase decisional devem os julgadores dispor de empatia, ambição e modéstia cognitivas e colegialidade. A primeira reflete a habilidade de imaginar todos os pontos de vista possivelmente pertinentes ao caso, ainda que não ouvidos diretamente através dos mecanismos de pré-deliberação a disposição dos interessados;¹³⁵ a segunda, na disposição coletiva de buscar a melhor decisão possível; a terceira, por sua vez, deve se harmonizar com a segunda e refletir a capacidade de o juiz duvidar de si mesmo e levar a opinião dos colegas a sério.¹³⁶

Finalmente, uma performance colegiada é aquela preocupada com uma cultura institucional interna direcionada para a busca de unidade.¹³⁷ Trata-se de um complexo modo de deliberação, orientado em direção a um consenso, mas dele independente. Nas palavras do autor, “o consenso é dispensável, não apenas em razão da pressão temporal para decidir, mas também porque deliberadores podem reconhecer que, esgotadas suas capacidades argumentativas, alguns pontos permanecem irreconciliáveis”.¹³⁸ Assim, não sendo possível a acomodação de pontos de vista ou o estabelecimento de compromissos¹³⁹ para o alcance de

¹³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. Cap. 3 p. 7

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. Cap. 3 p. 7

¹³⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 155

¹³⁶ “Modesty is often what persuasion and mutual concessions logically and morally entail. Cognitive modesty exhorts judges to investigate deeply what they share and to clean up their misunderstandings, to take each other’s opinions seriously and exercise, to the limit, the method of self-doubt”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 154).

¹³⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 149.

¹³⁸ Tradução livre de: “Consensus is dispensable not only because of the temporal pressure to decide, but also because deliberators might acknowledge that, as long as their argumentative capacities are exhausted, some points may remain irreconcilable”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 25).

¹³⁹ “In order to reach a majority or a consensus, judges may deliberate and reach principled compromises”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh

um terreno comum,¹⁴⁰ admite-se o dissenso. Isso, contudo, desde que, internamente, haja o aprimoramento da deliberação e do julgamento e, externamente, contribua para a definição do significa do direito.¹⁴¹

Para Virgílio Afonso da Silva, uma deliberação colegiada envolve disposição de trabalhar em equipe, sem hierarquia, com predisposição a ouvir os argumentos expostos pelos demais e de estar sempre disposto a por eles ser convencido, de modo cooperativo, com respeito mútuo e disposição de exteriorizar, sempre que possível, uma voz institucional e consensual da Corte, em detrimento de realizar tão somente a soma de votos individuais.¹⁴² Nessa perspectiva, se nos parlamentos o objetivo final é “vencer” para implementar determinada política,¹⁴³ nas Cortes a deliberação deve ter o fim de atingir consensos, através do livre compartilhamento de informações entre os ministros, que, trabalhando em equipe, são capazes de reconhecer suas imperfeições, persuadir e serem persuadidos, dentro de uma atmosfera de civilidade e respeito.¹⁴⁴

Sob a mesma perspectiva, para Edwards “colegialidade é um processo que ajuda a criar as condições para um acordo de princípios ao permitir que todos os pontos de vista

School of Law, 2011. p. 150). Assim, “collegiality pushes deliberators to find principled compromise where spontaneous agreement proves unviable. Disagreement survives only when principled compromise is not possible”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 151).

¹⁴⁰ “Such dilemmas materialize when, despite the mutual effort to argue and persuade, disagreement persists. In such situations, deliberators can compromise and find common ground, concur or, as a measure of last resort, dissent. These alternative getaways from consensus turn courts ‘imperfectly or at least complexly collegial’ if compared to totally collaborative enterprises. When spontaneous consensus, or even a minimal majority, does not come forth, compromise may be an acceptable solution. Second-order reasons can push a judge who believes he is right to alleviate his first-best choice and join the group. Sometimes, judges may concede in the name of the symbolic and political power of a unanimous decision, as opposed to the susceptibility of divided ones”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 150).

¹⁴¹ “A judge may concur or dissent and still be collegial. This will depend, among other variables, on the effort he initially does to converge, on the perceived reasonableness of the separate public statement he wants to make and on the frequency in which that happens”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. pp. 151-152).

¹⁴² “Collegiality implies, among other things, (i) the disposition to work as a team; (ii) the absence of hierarchy among the judges (at least in the sense that the arguments of any and all judges have the same value); (iii) the willingness to listen to arguments advanced by other judges (i.e. being open to being convinced by good arguments of other judges);²³ (iv) a cooperativeness in the decision-making process;²⁴ (v) mutual respect among judges; (vi) the disposition to speak, whenever possible, not as a sum of individuals but as an institution (consensus seeking deliberation)”. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 11, 2013. p. 557-584. pp. 563-564).

¹⁴³ “In parliaments, the final goal is to win, because winning is the only way of implementing what a given group thinks to be the right policy”. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 11, 2013. p. 557-584. pp. 563-564).

¹⁴⁴ “(...) what I mean is that judges have a common interest, as members of the judiciary, in getting the law right, and that, as a result, we are willing to listen, persuade, and be persuaded, all in an atmosphere of civility and respect”. (EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003, p. 1645).

sejam exibidos e considerados”¹⁴⁵ e ao mitigar o valor da política partidária e da ideologia pessoal dos seus membros.¹⁴⁶ Dessa forma, evita-se um resultado preordenado,¹⁴⁷ pois através de uma complexa interação de raciocínio, fundado em respeito e mútua consideração, os juízes chegam a uma decisão que difere daquela originalmente concebida, ainda que não consensual.¹⁴⁸

Trata-se, portanto, de reconhecer a deliberação colegiada como uma variável qualitativa que se manifesta por meio de um trabalho em equipe cuja influência também inclui o respeito a precedentes já firmados pela Corte. Nesse ponto, além de a colegialidade constranger os membros da Corte a buscar um consenso, repreende aqueles cujo comportamento vai contra os costumes, precedentes, o imperativo de consenso ou o profissionalismo que dele se espera.¹⁴⁹

Na fase decisional pode-se observar fortemente os valores epistêmico e comunitário da deliberação, não obstante também se reproduzirem em certa medida as virtudes educativa e psicológica. Epistemicamente, a substituição da simples agregação de decisões individuais por uma interação cujo fim é uma opinião institucional provavelmente alcançará uma decisão mais aperfeiçoada, sem que, por outro lado, seja necessário a proibição de divergências.¹⁵⁰

¹⁴⁵ Tradução livre de: “Collegiality is a process that helps to create the conditions for principled agreement, by allowing all points of view to be aired and considered”. (EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003. p. 1645).

¹⁴⁶ EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003. p. 1645

¹⁴⁷ “Collegiality helps ensure that results are not preordained”. (EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003. p. 1645)

¹⁴⁸ Nesse sentido, também: “Deliberation would have no point if it did not produce change in the views of at least some participants, if only a change in the strength and conviction with which those participants held an unchanged opinion. When participants change their minds in deliberation, as in practice they often do, they most frequently do so because they have acquired new factual information.³⁸ They sometimes change their minds because they have detected logical mistakes in their reasoning, or developed new perspectives on the information they have, for example, taking a more long-range view. We consider deliberation “transformative,” in the sense of transforming self-interest, not in these instances but rather when participants change their minds because they have adopted to some degree the perspective of another or taken the other’s interests as their own”. (MANSBRIDGE, Jane et al. The place of Selfinterest and the Role of Power in deliberative democracy. In: *The Journal of Political Philosophy*: Volume 18, Number 1, 2010, pp. 64–100. p. 78)

¹⁴⁹ “First, collegiality seems to be associated with rule of law principles such as following precedent, stare decisis, and court custom. Second, collegiality is pressed as a constraint on individual judges deciding issues without the benefit of group deliberation and consensus. Third, collegiality is sometimes used to chide colleagues who are perceived to be behaving uncollegially, whether it is in behavior that goes against custom, precedent, the consensus imperative, or professionalism”. (EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003. p. 1682)

¹⁵⁰ “At the decisional moment, an argumentative interaction in the search of an institutional opinion, rather than mere non-deliberative aggregation, is more likely to reach a fine-tuned decision and let a transparent construction of the genuine disagreements that remain”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011 p. 133)

Sob a perspectiva comunitária, uma decisão colegiada permite a construção de uma decisão institucional despersonalizada.¹⁵¹

Psicologicamente, Mendes aponta que o diálogo intra-institucional permite ao tribunal permanecer colegiado e manter sua capacidade de deliberação.¹⁵² Nesse ponto, Lawrence Baum atribui o impacto da interação colegiada na formação da convicção dos juízes ao seu interesse em receber estima dos demais, isto é, de ser visto, perante seus colegas, como um indivíduo agradável de se interagir e fácil de trabalhar, assim como um profissional capaz de bem realizar seu ofício.¹⁵³

Baum acrescenta ao modelo estratégico de decisão a preocupação dos juízes não apenas com o conteúdo da decisão judicial, mas também com a forma como seus pares o veem e com suas respectivas imagens de si.¹⁵⁴ A influência de tal preocupação com a autoimagem e a estima dos demais revela-se, por exemplo, na alteração de opiniões não apenas após a promoção do debate, mas antes, através da antecipação de comportamentos e expectativas.¹⁵⁵ Assim, além de orientada para o consenso, uma deliberação colegiada inclui concepções do papel dos juízes, o interesse em apresentar uma frente unida para outras instituições e a vontade de os juízes serem percebidos como agentes cooperativos.¹⁵⁶ Em outras palavras,

Praticantes da deliberação escutam tanto quanto falam e não se importam em ser persuadidos. Formam um time que joga em conjunto, sem estrelismos individuais. São colegas, não adversários. Cooperam, não competem. Respeitam o direito ao voto vencido e concorrente, justificáveis se produtos do desacordo autêntico, não de vaidade ou preciosismo.¹⁵⁷

Nessa medida, a colegialidade na deliberação é responsável por potencializar a qualidade da decisão judicial. Uma série de fatores, porém, interferem na forma como a performance colegiada ocorre. Em primeiro lugar, a forma como os ministros são nomeados

¹⁵¹ “Collegial engagement, on the other hand, has the responsibility of constructing an institutional and de-personified decision”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 133).

¹⁵² MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011 p. 134.

¹⁵³ BAUM, Lawrence. *Judges and Their Audiences: A perspective on judicial behavior*. Princeton University Press: New Jersey, 2006. p. 54.

¹⁵⁴ BAUM, Lawrence. *Judges and Their Audiences: A perspective on judicial behavior*. Princeton University Press: New Jersey, 2006. p. 55

¹⁵⁵ BAUM, Lawrence. *Judges and Their Audiences: A perspective on judicial behavior*. Princeton University Press: New Jersey, 2006. p. 52

¹⁵⁶ BAUM, Lawrence. *Judges and Their Audiences: A perspective on judicial behavior*. Princeton University Press: New Jersey, 2006. p. 57.

¹⁵⁷ MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. Os Constitucionalistas. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

reflete na diversidade da composição da Corte e, possivelmente, no resultado da deliberação. Para Daniel Mitidiero, é interessante que a nomeação dos ministros de uma Corte Suprema se dê através de indicação política e que inclua significativa variedade de extratos sociais e carreiras jurídicas a fim de refletir o pluralismo social e ideológico de determinada comunidade.¹⁵⁸

Isso porque a diversidade em um tribunal pode residir tanto na expertise de informações, quanto em características como idade, raça e sexo. Para Edwards, ambas potencializam a colegialidade na construção de uma decisão judicial,¹⁵⁹ pois enquanto a primeira – diferenças de formação profissional e pessoal, áreas de especialização e perspectivas ideológicas, etc. – torna o processo deliberativo mais vivo, rico e profundo,¹⁶⁰ a segunda pode acrescentar diferentes informações às quais os membros têm cada qual acesso.¹⁶¹

Dessa forma, a diversidade de uma Corte é capaz de agregar uma maior variedade de informações e perspectivas, quando bem direcionada, pois, caso contrário, pode resultar no aumento de conflitos emocionais, bloqueando o funcionamento do trabalho em equipe.¹⁶² Isso porque é possível que a diversidade, quando extrema, cause efeitos negativos à deliberação por reproduzir estereótipos e tornar a comunicação mais difícil e conflituosa.¹⁶³ Portanto, o

¹⁵⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 63

¹⁵⁹ “The collegiality of which I speak embodies an ideal of diversity and envisions judges drawing on their differences in the process of working together to get the law right. (...) There are two major types of ‘diversity.’ Researchers on group decision making typically focus on diversity in terms of variations in expertise or information. Researchers on organizational demography focus on characteristics such as age, race, and sex”. (EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003. p. 1666). “(...) Both forms of diversity enhance collegiality in judicial decision making”. (*ibidem.*, p. 1667).

¹⁶⁰ “Differences in professional and personal background, areas of expertise, and ideological perspectives make the deliberative process more lively, rich, and thorough”. (EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003. p. 1668)

¹⁶¹ “Diversity research also shows that diverse groups have access to diverse information, which may enhance group processes”. (EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003. p. 1669).

¹⁶² “Diversity is thus valuable when it brings a rich range of information and perspectives. Yet, the same heterogeneity that provides for different perspectives and the ‘cognitive conflict’ that can lead to better decisions may also result in increased emotional conflict, which impedes group functioning”. (EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003. p. 1667)

¹⁶³ “Research on demographic diversity in organizations suggests that increased diversity of race, ethnicity, and gender can have negative effects on group functioning because it leads to increased stereotyping and makes communication more difficult and conflict more likely. But, as noted earlier, diversity research also shows that diverse groups have access to diverse information, which may enhance group processes”. (EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003. p. 1669). Também nesse sentido Conrado Mendes aponta que “[Diversity] is defended as an end in itself, since it reputedly nurtures symbolic inclusion of various groups, and as a means both to social acceptance and to accuracy of decisions (...) On the contrary, in certain contexts, diversity may, among other things, raise ‘communication barriers’ and trigger ‘stereotyping. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 176). “A court could only evade

ideal para a composição de uma Corte é uma diversidade caracterizada por certa familiaridade entre os membros.¹⁶⁴

O número de membros a compor uma Corte Suprema também influencia o potencial colegiado de um tribunal mas não admite a concepção de um modelo universal ideal. A definição da diversidade e da quantidade de membros de uma Corte envolve a consideração das metas institucionais mais valiosas em cada contexto.¹⁶⁵ Por um lado, em teoria, quanto menor o grupo, mais estreita e contínua a interação, visto que favorecido o estabelecimento de uma certa familiaridade entre os membros.¹⁶⁶ Por outro, quanto maior o número de integrantes num tribunal colegiado, provavelmente maior será a gama de informações levantadas, o potencial de desacordo e, conseqüentemente, o refinamento da argumentação.¹⁶⁷ Nesse sentido, Sager e Kornhauser entendem que quanto maior o grupo, maior a precisão do resultado alcançado, uma vez que duas cabeças pensam melhor que uma e assim sucessivamente.¹⁶⁸ No entanto, um grupo muito grande, em um dado momento, poderá

such traps and fully capitalize on diversity if some measure of collegiality impregnates its decisional culture” (*ibid.*, p. 177).

¹⁶⁴ “This suggests that the ideal group performance could be expected from groups composed of diverse yet familiar members”. (EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003. p. 1667)

¹⁶⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 174. Dessa forma, “a causal matrix combining the two variables could illuminate the many variations between both poles: from more plural and more numerous to more homogeneous and smaller bodies. The latter would be more likely to reach consensus, hence clarity and certainty. The former would fare better in respect of the other deliberative promises, but only up to the point where the benefits of numerical and character-based plurality are more likely to break down” (*ibidem*, p. 178). No mesmo sentido: “a mescla de diferentes visões sobre o plural fenômeno jurídico é algo a se desejar numa corte suprema, mas não menos desejável deve ser a capacidade de composição e acordo entre seus membros. Somente assim as decisões da mais alta instância judiciária poderão expressar, no maior grau possível, um consenso não só formal — resultante da simples e mecânica soma de votos —, mas também um consenso material, o que propiciará um evidente incremento no que toca à legitimidade” (HORBACH, Carlos Bastide. *É preciso mais deliberação no Supremo Tribunal Federal? Os Constitucionalistas*. Publicado em 17.11.13. disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/e-preciso-mais-deliberacao-no-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 30 de outubro de 2016).

¹⁶⁶ EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003. p. 1675. Esclareça-se que tal familiaridade não se confunde com espécie de camaradagem ou companherismo; trata-se da capacidade de antecipar a futura manifestação dos colegas a partir das expectativas criadas por suas respectivas ações com o passar do tempo.

¹⁶⁷ “As the group grows, the greater would be the chances of someone expressing disagreement and, even if falling short of consensus in the end, of refining the conflicting positions. Larger groups, moreover, tend to increase, other things considered, the amount and quality of available information”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 172).

¹⁶⁸ KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. In: *California Law Review* 81, 1, 1993. p. 6. KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. “Unpacking the Court.” *The Yale Law Journal* 96, 1, 1986. p. 98-99.

atrapalhar a troca de informações, caracterizando o que Shapiro denominou de “síndrome de muitos cozinheiros em uma cozinha”.¹⁶⁹

A forma pela qual os ministros interagem também é influenciada pela estrutura geográfica na qual a Corte se insere. A aproximação espacial dos julgadores em uma mesma localização pode favorecer o contato entre eles. Por óbvio, hoje em dia a expressividade desse fator se curva às modernas inovações tecnológicas, capazes de aproximar os ministros, uns dos outros, virtualmente.¹⁷⁰

Além disso, a conformação normativa pela qual a interação é orientada, caso muito rígida, restringe a espontaneidade da deliberação.¹⁷¹ Logo, deve-se ter em mente que previsões regulamentares relativas, por exemplo, à definição da ordem de votação e à limitação do julgamento a um único lapso temporal – uma única sessão – repercutem no resultado da deliberação. Por isso, uma margem de flexibilidade normativa é imprescindível para que a promoção de uma deliberação autêntica, capaz de adaptar diferentes estratégias diante de diferentes circunstâncias.¹⁷²

A imposição regimental de publicização do debate entre os membros da Corte, ainda que para um público “neutro” – não participativo – é outro vetor crucial para a definição do rumo da deliberação empreendida pelos julgadores.¹⁷³ Isso porque, como visto, os juízes, assim como todo ser humano, têm grande estima por sua reputação e autoimagem. Assim, preocupam-se com a forma pela qual se apresentam não apenas perante seus colegas e as demais instâncias do governo, mas também ao público que os acompanha.¹⁷⁴ Para Baum, isso fica muito claro quando os juízes se expressam por meio de formas jurídicas incomuns,

¹⁶⁹ SHAPIRO, IAN. Optimal deliberation. *The journal of political philosophy*: Volume 10, number 2, 2002, pp. 196-211. p. 199.

¹⁷⁰ “The potential adverse effects of a large or geographically spread out court can be mitigated somewhat by advanced systems of electronic communications”. (EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003. p. 1676).

¹⁷¹ “As the interaction becomes more rigid and codified (like the ritual in which the order of individual votes follow a criterion of seniority), deliberation naturally loses spontaneity”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 189).

¹⁷² MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 170.

¹⁷³ “Even our law clerks are not privy to deliberations in conference. I believe that the mere presence of a “neutral,” even silent, observing anthropologist or sociologist in our deliberations would change the character and course of the deliberations among judges”. (EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003. p. 1688).

¹⁷⁴ “When judges engage in self-presentation, they have a wide array of potential audiences: two are elements of a court’s environment, the mass public and the other branches of government – influencing strategic models studies. The third is judges’ colleagues on their own court”. (BAUM, Lawrence. *Judges and Their Audiences: A perspective on judicial behavior*. Princeton University Press: New Jersey, 2006. p. 50). “I argue that judges care about the regard of salient audiences because they like that regard in itself, not just as a means to other ends. Further, I argue, judges’ interest in what their audiences think of them has fundamental effects on their behavior as decision makers”. (*ibidem*, p. 4). “Self-presentation helps people to create their identities” (*ibidem*, p. 29).

através de linguagem demasiado erudita, criativa, irônica, provocadora ou extravagante a fim de reforçar sua estima e renome.¹⁷⁵ Ciente da repercussão de sua atuação, o juiz se interessa por sua própria performance, preocupa-se com o modo como se porta (gestos, entonação de voz, trajes) e como transmite suas ideias (linguagem, clareza, formalidade, robustez).¹⁷⁶

Por isso, a deliberação realizada diante de uma grande audiência tende a ser menos sincera entre os participantes,¹⁷⁷ pois na medida em que promove inseguranças no juiz em se expor ao ridículo ou em ser recriminado pelos diversos setores sociais, desestimula-o a alterar sua posição original ou ainda a trazer argumentos muito inovadores ou polêmicos.¹⁷⁸ A propósito, José Medina investiga o maior ou menor grau de probabilidade de um juiz se manifestar sobre uma questão extrajurídica em um julgamento televisionado e indaga se a frase “o juiz de 1º grau não tem competência para julgar”, por exemplo, seria dita do mesmo modo, num julgamento restrito a juízes e advogados e num julgamento televisionado.¹⁷⁹ Virgílio atribui esse fenômeno ao fato de a legitimidade dos juízes decorrer, dentre outras coisas, da presunção de que são capazes de apresentar as melhores razões de decidir e de que

¹⁷⁵ “A reading of opinions themselves makes it clear that one function is as a vehicle for self-presentation, especially evident when judges go beyond the standard forms of expression in judicial opinions”. (BAUM, Lawrence. *Judges and Their Audiences: A perspective on judicial behavior*. Princeton University Press: New Jersey, 2006. p. 34). Baum dá o exemplo de juízes que citam letras de músicas em suas fundamentações, as quais, sem dúvida, segundo ele, vão além do necessário para decidir os respectivos casos, tendo na verdade o fim de promover sua auto-expressão e impressionar os leitores da argumentação. (*ibidem*, p. 35). “Their flamboyant expressions in opinions enhance their visibility, and visibility can help in winning promotion”. (*ibidem*, p. 40). “A reading of opinions themselves makes it clear that one function is a vehicle for self-presentation, especially evident when judges go beyond the standard forms of expression in judicial opinions. To take two examples, judges sometimes engage in humor or creativity in writing”. (*ibidem*, p. 34)

¹⁷⁶ Aliás, José Medina salienta que “não raro, as discussões entre os ministros, em tempos recentes, extrapolaram aspectos jurídicos e disseram respeito ao modo como se comportam este ou aquele ministro (...) Nesse contexto, facilmente argumentos de razão cedem em favor de argumentos de autoridade. É de se investigar em que medida a transmissão de julgamentos ao vivo estimula ou reprime tal comportamento.” (MEDINA, José Miguel Garcia. Juízes do Supremo são midiáticos. *Os Constitucionalistas*. Publicado em 27.01.14. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/juizes-do-supremo-sao-midiaticos>. Acesso em 30 de outubro de 2016).

¹⁷⁷ “According to several (theoretical and empirical) studies on the psychology of commitments and opinion and attitude changes, deliberation tends to be less sincere when all or even some of the participants have already publicly expressed their opinions”. (SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 11, 2013. p. 557-584. p. 581).

¹⁷⁸ “Without publicity, judges in a constitutional court may feel comfortable to put forward arguments even if they are not absolutely sure about their soundness or suitability. They may advance an argument in the discussion in order to test whether it passes through the ‘filter of constitutional practicability’ from the point of view of their fellow justices”. (SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 11, 2013. p. 557-584. p. 582). “They would have a plausible incentive to protect themselves against the ‘public ridicule’. Changing his mind, after all, may look like weakness of character or of intellect to the curious spectator. More generally, publicity runs counter collegiality itself. In order to avoid public shame or embarrassment, a judge might resist changing his mind”. (*ibid*, p. 189).

¹⁷⁹ O autor acrescenta, ainda, que “a esse aspecto se agrega um fator importante: quanto mais agudas as características pessoais dos juízes do tribunal manifestadas à mídia, mais esta tende a dar primazia à performance em si que ao trabalho substancialmente realizado pelo juiz, que fica em segundo plano. Afirmarções de um ministro sobre o outro, assim, deixam de ser feitas diretamente e passam a ser realizadas através da imprensa.” (MEDINA, José Miguel Garcia. Juízes do Supremo são midiáticos. *Os Constitucionalistas*. Publicado em 27.01.14. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/juizes-do-supremo-sao-midiaticos>. Acesso em 30 de outubro de 2016).

– como todos os demais – prezam por sua auto-apresentação. Assim, quanto maior a audiência, maior o cuidado com a auto-imagem.¹⁸⁰

Por conseguinte, a publicidade da deliberação pode representar um convite à demagogia judicial, isto é, à construção de personalidades judiciárias.¹⁸¹ Arrisca-se que a atuação do magistrado se preocupe mais com a imagem que é transmitida de si do que com o mérito do que se está julgando. Além disso, não são raras as ocasiões em que os deliberadores participam de palestras, discursos e entrevistas, situações nas quais, inclusive, manifestam-se a respeito do teor de suas decisões.¹⁸² Para Friedman, o excesso de publicidade das ações de um tribunal pode sujeitá-lo à manipulação política e, consequentemente, desafiar sua autoridade.¹⁸³ No mesmo sentido, expõe André Rufino do Vale que “a exposição de divisões internas ou de problemas políticos no interior do Tribunal podem despertar nos políticos não apenas atitudes de desrespeito institucional, mas também encorajá-los à retaliação política”¹⁸⁴

Tendo isso em vista, Mendes pontua que uma instituição deliberativa deve estar imunizada contra o culto da celebridade¹⁸⁵ e que um bom deliberador é aquele indiferente a

¹⁸⁰ “The extreme publicity of TV broadcasts negatively affects the possibility of “testing the arguments” because justices do not want to be perceived as persons who are not completely sure about the things they are saying, and this for at least two main reasons: (i) because their legitimacy is, among other things, associated with the assumption that they know better than other people (e.g., the legislator) how to decide the cases they have to decide; (ii) because justices, at least as much as anybody else, care about their self-presentation, and the larger their audience the more careful they have to be about their public image”. (SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 11, 2013. p. 557-584. pp. 582-583).

¹⁸¹ “Public sessions, therefore, may be an invitation to judicial demagoguery and foreclose genuine dialogue”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 189). Conrado Mendes e Virgílio Afonso da Silva avaliam que “alguns ministros começam a aproveitar o ‘momentum’ televisivo para dirigir-se exclusivamente ao público externo, em vez de interagir entre si, no melhor espírito de uma deliberação colegiada. Tornam-se celebridades, o que é perigoso. Talvez estejam produzindo, a título de uma sedutora transparência de superfície, um indesejável populismo judicial.”. (SILVA, Virgílio Afonso da, e MENDES, Conrado Hübner. Entre a transparência e o populismo judicial. Folha de S. Paulo. Publicado em 11.05.2009. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1105200908.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2016).

¹⁸² BAUM, Lawrence. *Judges and Their Audiences: A perspective on judicial behavior*. Princeton University Press: New Jersey, 2006. p. 36.

¹⁸³ “Because negative information, especially a steady flow of it, can decrease diffuse support, public support for the judiciary is subject to manipulation. In banning cameras from its chamber and announcing most of its controversial decisions each term in one fell swoop, the Court may (even if unintentionally) be protecting its reputation and support. But vulnerability to information places the Court somewhat at the mercy of policy entrepreneurs who wish to wield influence over it. By publicizing the Court’s actions, one might muster challenges to judicial authority”. (FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, 84, 2, 2005. p. 328).

¹⁸⁴ VALE, André Rufino do. A deliberação no Supremo Tribunal Federal: ensaio sobre alguns problemas e perspectivas de análise teórica. In: FELLETT, André; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 337.

¹⁸⁵ “A deliberative forum must be immunized against the cult of celebrity. The abuse of dissents and other kinds of individualist attitudes deteriorates the court’s deliberative capacity. Judges of a deliberative court get to know each other’s intellectual personas quite well”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 153).

reconhecimento pessoal e à forma pela qual sua opinião será recebida.¹⁸⁶ Porém, na medida em que se reconhece que as pessoas querem ser respeitadas e apreciadas por aqueles pelos quais têm apreço, que esse desejo influencia na forma pela qual elas agem e que os juízes, a esse respeito, são pessoas¹⁸⁷, é interessante arquitetar uma estrutura deliberativa em que os debates, ou ao menos parte deles, ocorra privadamente.

Assim estariam os membros da Corte protegidos de pressões e intimidações de grupos externos, bem como se apresentariam mais dispostos a alterar suas opiniões originárias, a persuadir e a serem persuadidos. Seriam, pois, dissuadidos a comportar-se de forma performática e a partir de um sentimento de exaltação de sua personalidade individual. Isso porque, como bem sintetiza Shapiro, “publicity has advantages for politics, though not unmitigated ones. (...) Whatever the advantages, they are not those of deliberation”.¹⁸⁸ Frise-se, no entanto, que

(...) ‘julgamentos midiáticos’ podem existir em qualquer modelo de deliberação, público ou secreto, e que as propostas de soluções meramente paliativas, como a suspensão das transmissões televisivas, não agregam nada de substancial à necessária construção de um profundo debate sobre esse interessante tema. O aperfeiçoamento das práticas deliberativas dos tribunais constitucionais não exige impreterivelmente soluções de “tudo ou nada”, como o fechamento dos modelos públicos ou a abertura dos modelos fechados. Ele pode ser alcançado pelo paulatino desenvolvimento de uma série de práticas internas de interação colegiada que visem produzir uma maior qualidade das trocas argumentativas entre os juízes, cujo resultado é a construção de decisões melhor fundamentadas.¹⁸⁹

A forma pela qual é possível o alcance de um resultado (por maioria ou por unanimidade, isso é, com ou sem autorização de dissenso) também tem grande influência na forma pela qual se concebe a colegialidade numa Corte – e não se confunde com a escolha entre os protocolos de votação *per curiam* e *seriatim*.¹⁹⁰ Tanto que um tribunal pode decidir

¹⁸⁶ “A good deliberator is indifferent to personal recognition, incurious about how he will be publicly perceived”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 189).

¹⁸⁷ “In their essence, the premises of my inquiry into judges and their audiences are simple: 1. People want to be liked and respected by others who are important to them 2. The desire to be liked and respected affects people’s behavior 3. In these respects, judges are people”. (BAUM, Lawrence. *Judges and Their Audiences: A perspective on judicial behavior*. Princeton University Press: New Jersey, 2006. p. 25).

¹⁸⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 198.

¹⁸⁹ VALE, André Rufino. Observatório constitucional. É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Conjur*. Publicado em 1 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

¹⁹⁰ “The choice of a standard of decisiveness should not be mixed up with the choice between *per curiam* or *seriatim* decisions”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 192)

com base na regra da maioria e publicamente se manifestar através de um único voto (*per curiam*), ou adotar a regra da unanimidade, mas deixar os juízes escreverem seus raciocínios concorrentes individualmente.¹⁹¹

A exigência de consenso, sem dúvida, exerce forte pressão para a promoção da deliberação. Todavia, caso não esteja imersa em uma ética colegiada, poderá encorajar o emprego de meios de barganha, ao invés de métodos deliberativos, a fim de alcançar um resultado em tempo útil.¹⁹² Por sua vez, a preferência pela regra da maioria simples atribui igual valor a cada indivíduo, acolhendo o resultado quantitativamente mais desejado e permitindo aos juízes discordarem uns dos outros e através da divergência refinarem a argumentação do tribunal.¹⁹³ No entanto, também pode incentivar um tipo de comportamento estratégico interno, no qual a negociação pode ser utilizada para a formação de coalizões.

Tendo isso em vista, Mendes sugere a adoção de uma maioria qualificada.¹⁹⁴ De toda forma, importa que o caminho percorrido para o alcance do resultado – com ou sem necessidade de unanimidade – tenha sido razoavelmente orientado pela busca do consenso, a essa altura já compreendida. Para tanto, o papel do relator do caso sob julgamento é decisivo.¹⁹⁵ Se por um lado um único juiz não é capaz de corromper o espírito colegiado de

¹⁹¹ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 191.

¹⁹² “When unanimity rule is in play, there tends to be a heavier pressure to deliberate. (...) Such a system, if not accompanied by a shared ethics of collegiality, may actually encourage bargaining instead of deliberation”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 192).

¹⁹³ EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003. p. 1639.

¹⁹⁴ “Simple majority rule, on the other hand, is a traditional method of aggregation that has both a moral appeal – equal value of each individual – and a physicalist dimension – the greater force of the majority to prevail. It is not at all obvious, however, that it should be adopted as a standard of decisiveness within a constitutional court. The extension of persuasion required by such rule is less ambitious and may encourage another type of internal strategic behaviour: if not to reach consensus, bargaining may still be used to form coalitions. Some form of qualified majority may strike a reasonable balance between both extremes”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. pp. 192-193).

¹⁹⁵ Um exemplo claro da influência de uma liderança num colegiado pode ser encontrado na *Supreme Court* norte-americana. Nas palavras de André Rufino, “Nos seus primeiros anos de funcionamento — precisamente entre os anos de 1793 e 1800 —, seguindo o costume judicial inglês, a Suprema Corte norte-americana anunciava suas decisões através das *seriatim opinions* de seus membros. Cada Justice pronunciava seu voto individualmente e o conjunto de todas as opiniões expostas ‘em série’ era assim apresentado ao público. Quando John Marshall se tornou *Chief Justice*, a Corte passou a adotar a prática de anunciar seus julgamentos em uma *single opinion*, que dessa forma passava a representar a opinião expressada pela maioria de seus membros. A partir de 1801, os *Justices* deixaram paulatinamente o costume de proclamar individualmente seus votos e passaram a estar mais comprometidos com a representação da unidade institucional da Corte, através da construção colegiada de uma única decisão, a *opinion of the Court*, dotada de uma única *ratio decidendi*. A redação seria então incumbida ao *Chief Justice*, que no caso era Marshall, mas o texto deveria expressar, em vez de sua posição pessoal, a opinião do colegiado de juízes, o qual teria que falar em uma só voz (*speak in one voice*). Essa inovação na prática deliberativa dos Justices demonstrou-se crucial para a afirmação da Suprema Corte como unidade institucional em face dos demais Poderes, num contexto político conturbado que marcou os

um tribunal, tendo em vista o poder do trabalho em equipe dos restantes, algumas personalidades, em conjunto, podem afastar o tribunal de sua missão institucional.¹⁹⁶ Independentemente da forma pela qual é escolhido, é importante a existência de um líder responsável por valorizar e promover a colegialidade através de determinadas medidas dentro da Corte.¹⁹⁷

Dentre essas medidas, está a redação de um projeto de julgamento e uma proposta de voto em um formato convidativo à discussão. Uma vez que quando o voto escrito do relator desconsidera alguma questão fundamental há dificuldade quanto à sua adequada solução, sugere-se seja aberta oportunidade aos demais ministros de se manifestar a respeito da definição dos pontos a serem discutidos, delimitados no relatório.¹⁹⁸ Este necessariamente deve conter também a moldura fática do caso, pois “a circunstância de não se discutir fatos ou de não se valorar prova em busca da formação da convicção não significa que a Corte Suprema deva decidir como se a questão de direito a ser solucionada não tivesse base nos fatos”.¹⁹⁹

A atividade decisória pressupõe a recíproca implicação entre fato e direito, de modo que a construção do caso depende de uma seleção de fatos relevantes e de um esforço argumentativo relacionado à tais escolhas.²⁰⁰ Além disso, tendo resumido os fatos e tendo sido definidas as questões a serem necessariamente discutidas por todos os membros da Corte, o relator, consciente de sua missão institucional, deve propor diferentes alternativas de justificação de cada uma delas. Vale dizer, não é razoável que apresente apenas os argumentos que corroboram seu pré-julgamento individual; deve oferecer amplo panorama

primórdios da república norte-americana, e foi reconhecida posteriormente como um dos grandes feitos da histórica carreira de Marshall”. (VALE, André Rufino. *Observatório constitucional*. É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal. Conj. Publicado em 1 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf>. Acesso em 30 de outubro de 2016).

¹⁹⁶ “One judge alone probably cannot destroy collegiality on a court, because of the various ways in which the group can successfully bring him or her into the fold of institutional norms. But a few uncompromising personalities, together, can distract a court from its mission”. (EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003. p. 1677).

¹⁹⁷ Conrado elenca algumas possíveis medidas a serem adotadas pelo relator a fim de potencializar a deliberação: “One typical tradition ascribes a rapporteur a set of related functions: he would manage how the case evolves procedurally, conduct the internal deliberations and, further, be the chief drafter of the decision of the court (in case disagreement does not require someone else to write the majority opinion). He is supposed, therefore, to exercise a leadership on the whole process. The way such leadership is actually exercised and the other judges respond to it will be crucial for the prospects of deliberation. Other traditions of collegiate adjudication let the chief judge take the general lead of the process. Others, yet, are more atomized”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 191).

¹⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 105

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 103

²⁰⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 64.

argumentativo aos demais a fim de desencadear um movimento em torno do alcance de um consenso,²⁰¹ bem como verificar se já existe precedente da Corte que se encaixe aos fatos do caso.

2.2. Decisão deliberativa e esfera pública: a definição prospectiva do direito

O modo pelo qual é realizada e atribuída a redação da opinião da Corte influencia diretamente o conteúdo do direito.²⁰² Após a promoção do debate no colegiado, é fundamental a análise da maneira pela qual a Corte apresenta à esfera pública sua resolução. Trata-se da tradução dos compromissos éticos da deliberação, textualmente.²⁰³ De nada adiantará que na fase deliberativa seja promovida uma deliberação efetivamente colegiada se dela não resultar a redação de uma opinião clara e comum – unânime ou não – em nome da Corte. Ora, não é razoável aceitar uma opinião exteriorizada em um voto extremamente longo ou em múltiplos votos com argumentos sem conexão entre si em razão da ausência da definição de um padrão interpretativo único e da mesma técnica de votação.²⁰⁴

A exteriorização da opinião alcançada pelos ministros, na qualidade de seu “produto final”, é o “instrumento por excelência da comunicação do tribunal com o ambiente externo”.²⁰⁵ Nas palavras de Conrado Mendes, “o estilo redacional de uma decisão cumpre uma função quase tão fundamental quanto seu próprio conteúdo”.²⁰⁶ Para Ferejohn e Pasquino, a justificação que se espera da Corte é aquela capaz de ser normativamente compreendida e aceita por todos como suas próprias razões, indiferentemente do

²⁰¹ “[The reporting judge] must set out the case and the issues it presents in a complete, impartial way and then present alternative dispositions and rationales that will elicit consensus among the judges on the panel”. (KORNHAUSER, Lewis. Deciding together. *Journal of Institutional Studies* 1. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015. p. 54).

²⁰² “Practices such as opinion assignment directly influence the very content of the law”. (FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, 84, 2, 2005. p. 192).

²⁰³ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: PINTO, H. M. *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 63.

²⁰⁴ “Mesmo que haja reuniões prévias para que os ministros discutam uma solução única, costurando seus votos conjuntamente, continuará válida a metáfora das ilhas se não for possível extrair do acórdão uma opinião clara e comum aos membros do tribunal. O mesmo valerá se, devido à extensão dele e à multiplicidade de declarações, a tarefa se mostrar trabalhosa e exigir uma análise cuidadosa de todo o conteúdo do acórdão, o que, em si, representa uma dificuldade tanto para o público leigo quanto para os juristas, marcada por inevitáveis controvérsias interpretativas. Por esses motivos, o tribunal é incapaz de falar com uma “única voz”. (KLAFKE, Guilherme Forma e PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. In: *Revista de Estudos Empíricos em Direito Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1, n. 1, jan 2014, p. 89-104. p. 92).

²⁰⁵ CHAVES, Matheus Kudlaviec. *Decisão e deliberação no Supremo Tribunal Federal: análise do processo decisório do STF a partir de acórdãos sobre direito previdenciário*. 2015. 70 p. Monografia (graduação) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito. p. 35

²⁰⁶ MENDES, Conrado Hubner. O projeto de uma corte constitucional deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: sbdp/Malheiros, 2012. p. 65

enquadramento normativo escolhido – se consensual ou majoritário.²⁰⁷ Além disso, os argumentos por ela empregados não consistem apenas em resposta ao caso concreto sob julgamento, na medida em que permitem a antecipação de implicações por parte dos demais. Revela-se, assim, imprescindível para a promoção da segurança jurídica.²⁰⁸ Com efeito, a tradução da discussão da Corte para razões escritas é importante tanto para as partes do litígio em cotejo quanto – e principalmente – para o desenvolvimento do direito.²⁰⁹

Deve a Corte, para tanto, evitar reproduzir a ideia de parte vencedora e parte perdedora; sua função é selecionar os argumentos vencedores e expô-los de modo com que ambas as partes – aquela que tem seus fundamentos acolhidos e aquela que não os tem – sintam-se respeitadas e conformadas. Ganham todos, portanto, com a definição do direito, ao menos temporariamente.

Conrado Mendes pontua que a redação da decisão final da Corte deve observar três virtudes principais: a responsividade, a clareza e um sentido de falibilidade e provisoriedade. Os deliberadores devem ter a capacidade de selecionar e responder aos argumentos levantados – formal e informalmente; direta e indiretamente –, verificando se para a moldura fática em questão já há precedentes definidos pela Corte. Assim, garante-se o desenvolvimento coerente e sistemático do direito. Além disso, devem transmitir uma mensagem acessível, isto é, clara não apenas aos operadores do direito, mas também aos não especialistas.²¹⁰ Por fim, devem ser capazes de reconhecer que sua decisão não é definitiva, já que invariavelmente a questão

²⁰⁷ “A expectativa de que as cortes devem justificar as suas decisões pode ser entendida como uma expectativa deliberativa em dois sentidos. O primeiro, já explicitado, é que os argumentos que devem ser utilizados devem ser aqueles que possam ser compreendidos e acolhidos em um sentido normativo, isto é, como as nossas próprias razões para agir. As cortes oferecem, na linguagem de Rawls, razões públicas para os seus atos – argumentos os quais se espera que todos possam acolher de seu próprio ponto de vista moral. Em segundo lugar, considerando que as cortes são instituições colegiadas, os argumentos decisórios passam por um processo interno de deliberação guiado pelos procedimentos normativos próprios da corte. Tal processo pode ou não ser regulado por uma expectativa coletiva de que a corte publique apenas a decisão ou que os múltiplos votos também sejam publicados. Nesse sentido, a fundamentação da decisão é articulada no enquadramento normativo que pode ser consensual ou majoritário”. (FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. *Tribunais constitucionais como instituições deliberativas*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 44).

²⁰⁸ “O segundo aspecto que torna a fundamentação importante para a autoridade judicial é o fato de que os argumentos jurídicos possibilitam a outros – representantes, outros juízes, cidadãos comuns, etc. – que antecipem as implicações de uma decisão atual para os casos futuros. A fundamentação da decisão, nesse sentido, potencializa a eficiência, pois os seus efeitos visam mais uniformizar e a predizer do que justificar a decisão”. (FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. *Tribunais constitucionais como instituições deliberativas*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 46)

²⁰⁹ “Reason-giving, by contrast, makes a court accountable both to the parties and to any reviewing court or other agency. Moreover, if the reasons given are publicly available (and easily retrievable), they can affect future decisions and hence play a role in the development of the law. The nature and extent of reason-giving, of course, will affect both accountability and law creation”. (KORNHAUSER, Lewis. *Deciding together*. *Journal of Institutional Studies* 1. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015. p. 46)

²¹⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 159

será em determinado momento ressuscitada pela própria Corte ou pelos demais atores políticos.²¹¹

A observância de tais virtudes colabora para a redação de uma decisão deliberativa em nome da Corte, capaz de, epistemicamente, orientar os próximos casos ao permitir a acumulação de precedentes, e, numa perspectiva comunitária, diluir divergências entre os julgadores.²¹² As promessas psicológica e educativa também se manifestam com força na fase pós-decisional quando a redação da decisão resulta de um processo deliberativo. Isso porque será capaz de promover o senso de respeito e aceitação da decisão entre as partes e aprimorar as habilidades argumentativas dos deliberadores,²¹³ quando o resultado interpretativo ao qual chegaram for justificado de modo racional, isto é, universalizável e coerente.

Ora, diante do reconhecimento da autonomia entre texto e norma e, portanto, dos inúmeros significados aos quais o intérprete pode chegar através da interpretação, deve justificar suas escolhas a respeito dos métodos interpretativos, inclinações ético-políticas e concepções dogmáticas. Tendo em vista a impossibilidade de extração de um sentido inequívoco e correto do texto legal, o processo de interpretação do direito deve ser racionalmente controlado para garantir a legitimação da função jurisdicional.²¹⁴

Assim, cabe à Corte Suprema selecionar o sentido mais adequado, não apenas através da definição do resultado da interpretação, mas também por meio da adequação do próprio processo interpretativo.²¹⁵ Uma vez que o ato de interpretar não depende apenas da eleição valorativa de diretivas interpretativas, mas também da definição de aspectos éticos, políticos, econômicos, culturais, etc., esses devem ser compartilhados pelos membros de um tribunal colegiado. Para tanto, devem ser explicitados e constituir objeto de plena deliberação. Nas palavras de Marinoni,

A deliberação colegiada acerca das opções tomadas no curso do raciocínio colegiado é importante não apenas para que a justificativa seja possível, mas antes de tudo para que a decisão seja fruto de um raciocínio colegiado racional e representativo do efetivo diálogo entre os seus membros.²¹⁶

²¹¹ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 159

²¹² MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 133

²¹³ MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 133

²¹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 59

²¹⁵ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 62

²¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 113

Vale dizer, para a legitimação de uma Corte colegiada através de sua capacidade argumentativa, o produto da interpretação deve ser justificado em termos lógico-argumentativos. Assim, pressupõe-se a correção lógica e a completude da motivação e, externamente, a adequação das escolhas das premissas empregadas na justificação interna por meio de razões suficientes.²¹⁷

Estas razões correspondem aos fundamentos determinantes. Tratam-se das razões justificadoras responsáveis pela atribuição de sentido ao texto legal ou à questão jurídica,²¹⁸ isto é, dos fundamentos pelos quais se chegou à solução do recurso, o que não se confunde com o seu resultado.²¹⁹ Devem ser racionais, isto é, universalizáveis – aplicáveis a situações racionalmente iguais – e coerentes – internamente consistentes²²⁰. Não se confundem com o resultado da decisão ou com a justificação da interpretação, tampouco com o *obiter dictum* – “tudo que não diz respeito ao fundamento que determina o resultado ou o que não está inserido no ‘ponto’ que permite o alcance da decisão”.²²¹

A lógica dos precedentes obrigatórios proporciona a unidade do direito através da promoção da coerência da ordem jurídica e da previsibilidade. O precedente tem valor em si e é indispensável para a racionalidade do direito e para o tratamento uniforme de casos similares. Além disso, não se diga que obsta o desenvolvimento do direito. Na verdade, possibilita sua transformação de modo bastante sofisticado e, ao mesmo tempo, previsível, privilegiando a segurança jurídica.²²²

No entanto, apesar de todo precedente se originar de uma decisão, nem toda decisão constitui precedente. Em primeiro lugar, é imprescindível a adequada participação em contraditório dos litigantes a respeito do enunciado. Além disso, em um tribunal colegiado, a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes dependem da conjugação lógica e racional

²¹⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 83

²¹⁸ “Diante das decisões do STJ, a *ratio decidendi* é a atribuição de sentido ao texto legal ou à questão jurídica, sentido esse que – embora suficiente para se chegar à solução do recurso – constitui o resultado que o texto legal ou a questão jurídica especificamente exige para se resolver o recurso conforme as razões justificadoras da definição de sentido”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 191)

²¹⁹ “(...) A *ratio decidendi* não se relaciona com o resultado do recurso, mas com o fundamento que foi resolvido para se chegar à solução do recurso”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. Cap. 3 p. 24)

²²⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 86.

²²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 46. O autor explica que “precedente não se confunde com decisão ou com justificativa. A decisão é a resolução de um caso, cuja justificativa pode ou não dar origem a uma *ratio decidendi* e, por conseguinte, a um precedente. (...) O precedente descreve o contexto fático e os fundamentos objeto da discussão, possui a proclamação do resultado, além de conter a justificativa dos fundamentos concorrente e dissidente e de abordar, conscientemente ou não, questões decididas *obiter dicta*.” (*ibid*, p. 139).

²²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 103.

da vontade dos vários membros.²²³ A discussão das questões do raciocínio decisório colegiado pressupõe uma efetiva participação na discussão dos julgadores, visto que a decisão do caso, além de resolver o caso concreto, orientará o julgamento de casos futuros.²²⁴

Apesar de não exigir unanimidade, pressupõe maioria de votos em favor de determinada tese jurídica, isto é, exige-se a votação individualizada das questões autônomas ou sobre a exigência de violação de uma norma. Não se exige, porém, que cada fundamento capaz de impor a solução a tais questões ou levar à conclusão a respeito de eventual violação seja votado separadamente.²²⁵ Apenas quando a questão de direito é objeto de adequada deliberação e a tese sobre ela formulada ou a interpretação da norma consagrada na decisão é compartilhada pela maioria do colegiado é que se pode falar em *ratio decidendi* e, portanto, em precedente.²²⁶

Portanto, “não basta contar votos ou saber quais votos são favoráveis ao provimento do recurso. É necessário decifrar, além do fundamento que determina o alcance da solução ao problema interpretativo enfrentado pelo colegiado, o número de julgadores que a ele adere”.²²⁷ No caso de não haver fundamento compartilhado pela maioria, a Corte fica livre para rediscutir a questão, não estando, aliás, constrangida a adotar um dos fundamentos determinantes concebidos na decisão plural. Além disso, nesse caso, “os tribunais inferiores mantêm a possibilidade de decidir sobre a questão, embora já tenha chegado à Corte Suprema”.²²⁸

Tendo isso em vista, além da justificação da diretiva interpretativa e das opções valorativas elegidas pela Corte, para que seja possível a identificação da *ratio* pressupõe-se a manifestação de todos os ministros sobre todas as questões identificadas preferencialmente

²²³ “A *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes dependem da conjugação lógica e racional da vontade dos vários membros do colegiado. Isso porque os fundamentos determinantes têm que advir da real decisão dos Juizes para poderem expressar o sentido do direito. Assim, num sistema em que o resultado do julgamento não depende, necessariamente, da vontade unânime dos julgadores, é preciso cautela na individualização do significado dos votos”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. pp. 203-204).

²²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 28

²²⁵ “(...) é preciso perceber que a necessidade de o colegiado se pronunciar sobre cada uma das causas de pedir não significa que deve se manifestar de modo individualizado sobre cada um dos fundamentos contidos nas causas de pedir”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 34)

²²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. Cap. 4 p. 5

²²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 30. Ora, “uma decisão colegiada, como o próprio nome indica, deve ser uma decisão de vários julgadores sobre uma mesma questão”. (*ibid*, p. 33)

²²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 64. A forma como os tribunais inferiores podem interpretar e selecionar os fundamentos determinantes de uma decisão plural é tratada nos capítulos 3 e 4 do livro citado.

pelo relator quando da organização do julgamento.²²⁹ Quando o julgamento de um caso depender de mais de uma questão, a forma pela qual a votação é realizada resultará em diferentes resultados.²³⁰ Logo, é imprescindível que se defina antes de tudo um protocolo de votação – *issue-by-issue* ou *case-by-case* – para a apuração da decisão.

O método *issue-by-issue* conta com a manifestação de cada juiz a respeito de cada questão constitutiva da controvérsia e, por isso, privilegia o valor do encontro da *ratio* sobre o valor do julgamento pessoal. Nesse caso, “mais importa delinear um fundamento que tenha o respaldo da maioria do que obter um julgamento compartilhado pela maioria”.²³¹ Por sua vez, a técnica *case-by-case* contempla a visão de cada juiz a respeito do resultado do caso, como um todo. A Corte, portanto, pode chegar a diferentes resultados quer pela combinação da soma dos votos dos juízes a respeito de cada questão, quer pela soma dos votos dos juízes quanto ao desfecho do caso.²³² Para Sager e Kornhauser, não há, *a priori*, um método superior ao outro, devendo a escolha entre eles se definir em uma votação prévia àquela das questões ou do resultado do caso, através de um “metavote”. Dessa forma seria possível o alcance de uma ação judicial coletiva mais sistemática e reflexiva.²³³

A escolha individual e injustificada de um protocolo por cada um dos membros do colegiado tribunal redundaria em um resultado incongruente. Assim, “ou a Corte sempre aplica o mesmo modelo de votação ou, diante da particularidade de determinados casos, suspende-se o julgamento para que se decida sobre a adoção do modelo de votação

²²⁹ “Diante da composição plural do colegiado, é relevante a compreensão da diretiva interpretativa e das opções valorativas utilizadas por cada um dos julgadores. De outra forma, um precedente poderá ser formado sem que se saiba se a maioria dos Juízes realmente pensa em determinado sentido. É possível chegar a uma decisão-final ou interpretação-resultado a partir de diretivas e opções de valor diferentes”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 194). “O sentido do direito espelha um resultado elaborado a partir de “critérios”. A falta de prévia e clara fixação do tema a ser decidido, do método de interpretação e das opções valorativas comprometem a possibilidade de identificação do que se decidiu e com base em que se decidiu, ou seja, impossibilitam o delineamento dos fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*)”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. pp. 186-187).

²³⁰ KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. In: *California Law Review* 81, 1, 1993. p. 12.

²³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 97

²³² KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. In: *California Law Review* 81, 1, 1993. p. 58.

²³³ “The separate resolution of the question of collegial action in paradoxical cases, which we have dubbed the *metavote*, has several advantages. It makes possible the development of a systematic, reflective jurisprudence of collective judicial action. It preserves the firmly entrenched practice of each judge casting her sovereign vote over the disposition of the case, while detaching that practice from an unconsidered commitment to case-by-case adjudication, and opening the door to issue-by-issue adjudication in appropriate cases. Most importantly, it offers a procedure for choosing between the protocols that does not insist on a blanket choice or a litmus test, but instead provides for nuance and particularity. (...) do not offer reasons to prefer one voting protocol over the other, but rather reasons to prefer the outcome dictated by one protocol over the outcome dictated by the other”. (KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. In: *California Law Review* 81, 1, 1993. p. 32)

adequado”.²³⁴ Tal decisão não deve ser feita com base na superioridade intrínseca de um ou outro – que não existe –, mas em vista da ponderação ora a favor da distribuição, profundidade e a durabilidade das convicções a respeito das questões entre os membros do tribunal, ora em prol da autoridade do resultado ao qual se chega.²³⁵ Ou seja, os juízes devem avaliar o comprometimento do tribunal – no seu conjunto – com as justificativas pertinentes e com a definição do resultado a fim de identificar qual é capaz de agregar maior estabilidade, clareza e coerência ao direito.

Algumas variáveis extrínsecas podem influenciar tal avaliação. Quando as questões identificadas no caso forem independentes, a escolha pesará em favor do método *issue-by-issue*, que, por individualizar as questões, facilita a identificação do sentido do direito pelas instâncias inferiores. Por outro lado, o fato de exigir maiores custos administrativos e definições conceituais em preliminar pelos deliberadores, sobrecarregando a gestão interna da Corte, tende a favorecer a escolha do método *case-by-case*.²³⁶

Tomada a decisão, a forma como será publicizada deve ser bem refletida. Pode a Corte se manifestar através dos métodos *seriatim*, *per curiam* ou através de um meio termo. O método *seriatim* atribui a cada juiz a faculdade de regir um voto individual. Já o método *per curiam* prevê a construção de uma única *opinion* pelos membros da Corte, capaz de representá-la institucionalmente. Nesse caso, via de regra a redação desse voto único é atribuída a um único ministro,²³⁷ mas se admite em alguns casos que os demais ofereçam sugestões à redação final, que deve refletir a posição e os argumentos com os quais a maioria ou a unanimidade do tribunal se comprometeram, e não àqueles que os membros adotariam caso decidissem sozinhos.²³⁸

²³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 95

²³⁵ “The preferred outcome is not preferred because it is sponsored by one of the protocols, but rather because of the connection between that outcome on the one hand and, on the other hand, the distribution, depth, and durability of convictions among the members of the court, as well as certain extrinsic considerations”. (KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. *The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts*. In: *California Law Review* 81, 1, 1993. p. 33).

²³⁶ Se por um lado “issue-by-issue dispositions of paradoxical cases have the substantial advantage of offering clear guidance to the lower court” (KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. *The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts*. In: *California Law Review* 81, 1, 1993. p. 42), por outro, “[the] adoption of an issue-by-issue approach, in contrast, presents the court with at least two additional difficulties. First, the court must decide which issues require resolution by each judge. Second, the judges must decide who defers to whom. To resolve a controversy issue by issue, the judges must agree on what constitutes an issue (*ibidem*, p. 49)

²³⁷ “Courts usually assign the task of drafting a joint decision to an individual judge. Where there is a *rapporteur*, such task will be charged upon him, unless he ends up dissenting. For reasons of practicality and clearness, there seems to be a consensus, in the comparative landscape, that writing joint opinions is a one judge’s job. It would minimize the risk of ambiguity, despite not eliminating it”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 196).

²³⁸ “We understand that the author of the majority opinion writes, not for herself, but for the Court. While the author and other members of the majority clearly endorse both the outcome in the case and the rationale, the

Uma decisão escrita deliberativa não requer, necessariamente, um formato específico.²³⁹ Não procede o argumento de que as decisões elaboradas pela técnica *per curiam* são sempre fruto de deliberação colegiada e que as decisões expressas pelo método *seriatim* refletem votos individuais tomados pelos ministros como se sozinhos julgassem. Tanto resultados alcançados por meio do ajuntamento *seriatim* quanto aqueles em que se redige um único voto em nome da Corte (*per curiam*) podem refletir processos deliberativos como também resultados arbitrários.²⁴⁰ Por um lado, o método *seriatim* é capaz de atribuir unidade ao direito através de um procedimento complexo de interpretação e reinterpretação das múltiplas opiniões de um determinado tribunal por futuros advogados e juízes.²⁴¹ Por outro, caso não haja diálogo entre a argumentação dos votos individuais não será possível a extração de uma *ratio* comum. Na mesma medida, se por um lado a redação de uma única decisão pode atribuir maior clareza e previsibilidade ao direito, caso seja resultado de um *faux unanimity*, muito provavelmente lhe trará opacidade e ambiguidade.²⁴²

Se é certo que a “autoridade do precedente é graduada em virtude do número dos votos favoráveis, o que significa que um precedente elaborado a partir da unanimidade dos votos tem maior força do que um precedente formado por maioria”,²⁴³ a exigência obrigatória da obtenção de consenso não implica necessariamente maior deliberação. Jane Mansbridge entende que diante da impossibilidade de alcançar um consenso, os membros da Corte podem legitimadamente recorrer a mecanismos a princípio não deliberativos, desde que resultem de um processo suficientemente deliberativo.²⁴⁴ Adotando um novo ideal de democracia deliberativa, conceitua como fictícia a ideia de que um processo deliberativo é livre de interesses pessoais e conflitos entre diferentes interesses.

Para ela, quando irreconciliável o desacordo, a deliberação idealmente não termina em consenso, mas em um esclarecimento de conflitos e na estruturação da divergência,

opinion does not necessarily correspond to the opinion she would write were she the sole member of a single-judge court”. (KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. In: *California Law Review* 81, 1, 1993. p. 7).

²³⁹ “A deliberative written decision, as claimed by chapters 4 and 5, does not require, in principle, a specific format”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 194).

²⁴⁰ “A court could arguably struggle internally, but still manifest itself *seriatim*, or be internally non-deliberative and speak *per curiam*”. (MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 113)

²⁴¹ KORNHAUSER, Lewis. Deciding together. *Journal of Institutional Studies* 1. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015. p. 56

²⁴² MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011. p. 195.

²⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 206.

²⁴⁴ MANSBRIDGE, Jane *et al.* The place of Selfinterest and the Role of Power in deliberative democracy. *The Journal of Political Philosophy*: Volume 18, Number 1, 2010, pp. 64–100. pp. 64 e 68.

através de uma agregação por votação ou de uma negociação justa entre os antagonistas (definidos como cooperativos).²⁴⁵ A legitimidade da técnica de agregação por votação é diretamente proporcional à promoção dos ideais de acesso livre e igual poder, à aproximação ao ideal deliberativo na fase decisional e à promoção da justificação mútua dos votos. Seu valor reside na atribuição de igual voz a todos os membros. No entanto, toma as preferências como dadas e tem como finalidade, muitas vezes, o sucesso, isto é, o interesse em articular razões vencedoras.

Por sua vez, aceitar uma negociação justa entre antagonistas cooperativos significa reconhecer o inevitável exercício de poder entre seres humanos.²⁴⁶ Aliás, é certo que em alguma medida o desempenho de certo poder coercitivo é necessário para simplesmente para manter a ordem.²⁴⁷ Será normativamente legítimo desde que proporcione a todas as partes interessadas igual oportunidade para a realização de pressão, isto é, de exercer o mesmo poder de influência uns sobre os outros.²⁴⁸ Para Mansbridge, ambos os mecanismos não apenas complementam a deliberação, como a integram.

Tendo isso em vista, fala-se em um modelo intermediário, que atribui aos ministros a possibilidade de redigir, ao lado de uma opinião institucional (majoritária), votos concorrentes e dissidentes.²⁴⁹ Os votos concorrentes são aqueles cujo resultado apesar de atingir o mesmo desfecho daquele ao qual chega a voz da maioria, baseiam-se em fundamentos diversos, de modo a impedir a formação de uma *ratio decidendi*.²⁵⁰ Seu objetivo não é dissentir, mas “demonstrar que há um melhor fundamento para se atingir o mesmo resultado”.²⁵¹ Já os votos dissidentes divergem da conclusão abraçada pela maioria e devem ter o fim de “demonstrar as razões pelas quais ela não pode prevalecer como regra capaz de servir de guia para a resolução dos casos futuros”.²⁵²

²⁴⁵ MANSBRIDGE, Jane *et al.* The place of Selfinterest and the Role of Power in deliberative democracy. *The Journal of Political Philosophy*: Volume 18, Number 1, 2010, pp. 64–100. pp. 64 e 68.

²⁴⁶ MANSBRIDGE, Jane *et al.* The place of Selfinterest and the Role of Power in deliberative democracy. *The Journal of Political Philosophy*: Volume 18, Number 1, 2010, pp. 64–100. pp. 64 e 68. p. 93

²⁴⁷ MANSBRIDGE, Jane *et al.* The place of Selfinterest and the Role of Power in deliberative democracy. *The Journal of Political Philosophy*: Volume 18, Number 1, 2010, pp. 64–100. pp. 64 e 68. p. 82

²⁴⁸ MANSBRIDGE, Jane *et al.* The place of Selfinterest and the Role of Power in deliberative democracy. *The Journal of Political Philosophy*: Volume 18, Number 1, 2010, pp. 64–100. pp. 64 e 68. p. 90

²⁴⁹ “A majority of judges thus agree on the disposition of the case and a majority, but not necessarily everyone in the dispositional majority, agree on the reasons for the disposition”. (KORNHAUSER, Lewis. Deciding together. *Journal of Institutional Studies* 1. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015, p. 55)

²⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 40.

²⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 41

²⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 41

O abandono do critério da unanimidade permite ao tribunal fornecer um conjunto mais amplo de razões do que em uma Corte *per curiam* pura,²⁵³ sendo possível o alcance do consenso por razões mais profundas. Isso porque, em não havendo consenso “acerca de determinada questão é mais importante para o saudável desenvolvimento do direito que as minorias possam articular e demonstrar os seus argumentos do que se chegar a um artificial consenso”.²⁵⁴ Este modelo contribui tanto para o desenvolvimento quanto para a conformidade do direito, na medida em que se oferecem razões mais claras aos demais.²⁵⁵ Cortes majoritárias, portanto, representam um compromisso entre as técnicas *seriatim* e *per curiam*.²⁵⁶

Independente do padrão elegido, é fundamental que os membros do tribunal entendam que não podem agir como se estivessem deliberando monocraticamente. Cada um deve reconhecer a natureza coletiva da decisão a ser alcançada e estar disposto a endossar razões, regras ou resultados que, a princípio, não fariam sozinhos. O protocolo a ser escolhido pela Corte para expor sua decisão à esfera pública deve ser apropriado às necessidades do tribunal como um todo²⁵⁷ e corresponder às funções que da Corte se espera.

Os argumentos elegidos para representar a opinião da Corte – por maioria ou unanimidade, em decisão única ou em múltiplas – devem ser facilmente identificáveis. Para tanto, as escolhas interpretativas e os métodos de votação devem ser racionalmente justificados, assim como a opção por um método de redação da decisão deve ser coerente. A *ratio decidendi* compartilhada pela Corte precisa estar claramente distinguida para que, assim, oriente os tribunais inferiores, a expectativa dos cidadãos e as futuras decisões da própria

²⁵³ “(...) abandonment of the unanimity criterion permits the court to provide a broader set of reasons than on a *per curiam* court”. (KORNHAUSER, Lewis. Deciding together. *Journal of Institutional Studies* 1. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015, p. 56).

²⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 65

²⁵⁵ “It may permit consensus around a deeper set of reasons. This deeper or wider set of reasons facilitates both the development of the law and compliance with it as other judges, lawyers and citizens have a clearer grasp of the reasons underlying the disposition of the case”. (KORNHAUSER, Lewis. Deciding together. *Journal of Institutional Studies* 1. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015, p. 57).

²⁵⁶ “A majoritarian court represents an uneasy compromise between these two extremes”. (KORNHAUSER, Lewis. Deciding together. *Journal of Institutional Studies* 1. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015, p. 57).

²⁵⁷ “Similarly, the other judges on the panel cannot act as they would act if they were deciding alone. Each of them must also acknowledge the collective nature of their decision. Consensus will typically require that at least some members, and possibly all members, endorse reasons or a rule, or even a disposition, that differs from the reasons, rules or disposition that would govern her decision were she deciding alone. More importantly, the protocol that is best for the court is apt to be one that directs the judge to be appropriately responsive to the needs of the court as a whole. A normative theory of adjudication on a *per curiam* court thus offers a theory of deciding together as a distinct enterprise from deciding alone”. (KORNHAUSER, Lewis. Deciding together. *Journal of Institutional Studies* 1. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015. p. 55).

Corte. Isso não significa que uma decisão unânime e *per curiam* seja necessariamente melhor, como visto.

Aliás, Virgílio, para quem a existência de decisões não unânimes em Cortes colegiadas é inevitável,²⁵⁸ sintetiza que a possibilidade de tornar pública a divergência assegura o respeito à autonomia do juiz, impulsiona o diálogo da Corte com a sociedade, aumenta a aceitação social da decisão judicial e, principalmente, tem o valor potencial de se tornar, futuramente, a opinião majoritária.²⁵⁹ No mesmo sentido, Edwards pontua que em uma Corte colegiada os membros da Corte devem cooperar uns aos outros para tornar a dissidência o mais efetiva possível, isto é, o mais precisa e útil ao desenvolvimento do direito.²⁶⁰ Em síntese, internamente opiniões dissidentes e concorrentes promovem e aperfeiçoam a deliberação e o julgamento da Corte; externamente, caracterizam espécie de guia aos tribunais inferiores, partes e demais interessados a respeito da definição do direito.²⁶¹

No entanto, tais vantagens não decorrem da publicação de qualquer tipo de desacordo, mas apenas daquele que resistiu à interação colegiada.²⁶² Assim, deve-se restringi-la aos casos em que contribui para a promoção da discussão acerca do sentido do direito. Em

²⁵⁸ “A existência de decisões não unânimes em órgãos colegiados é inevitável. Mais do que isso, a não unanimidade é quase uma tendência natural, especialmente em se tratando de órgãos que decidem questões moral e politicamente polêmicas”. (SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal. In: *Direito, Estado e Sociedade* n. 47 p. 205 a 225 jul/dez 2015. p. 205).

²⁵⁹ “Se a divergência existe, seria um erro escondê-la, diria o argumento mais geral de todos. Outros argumentos frequentes sustentam que a possibilidade de divergência pública tende a respeitar mais a autonomia do juiz, possibilitar um maior diálogo do tribunal com a sociedade, aumentar a aceitação social das decisões judiciais e, por fim, e talvez como argumento mais recorrente, costuma-se dizer também que a divergência minoritária de hoje pode ser uma decisão à frente de seu tempo, com o potencial de se tornar opinião majoritária no futuro”. (SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal. In: *Direito, Estado e Sociedade* n. 47 p. 205 a 225 jul/dez 2015. p. 206).

²⁶⁰ “On a collegial court, if there is to be a dissent in a case, judges will help one another to make dissenting opinions as effective as possible. Dissents become more precise, focused, and useful to the development of the law. In a collegial environment, a dissenting judge can more effectively identify and articulate what exactly bothers him or her about the majority position, because other judges on the panel participate in playing that out”. (EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003. p. 1651).

²⁶¹ “In fact, concurring and dissenting opinions serve functions quite consistent with a collegial understanding of the Court. Internally within the Court itself--dissent promotes and improves deliberation and judgment. Arguments on either side of a disagreement test the strength of their rivals and demand attention and response. The opportunity for challenge and response afforded by the publication of dissenting and concurring opinions is a close and sympathetic neighbor of the obligation of reasoned justification. Externally--for lower courts, the parties, and interested bystanders - concurring and dissenting opinions are important guides to the dynamic ‘meaning’ of a decision by the Court. From a collegial perspective, dissenting and concurring opinions offer grounds for understanding how individual Justices, entirely faithful to their Court’s product, will interpret that product. The meaning each Justice brings to the product of her Court will inevitably be shaped by elements of value and judgment she brings to the interpretive endeavor; her dissent from the Court’s conclusions in the case in question is likely to be dense with insight into these aspects of her judicial persona”. (KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. In: *California Law Review* 81, 1, 1993. p. 9).

²⁶² MENDES, Conrado. O projeto de uma corte deliberativa. In: *Jurisdição Constitucional no Brasil*. organizado por Adriana Vojvodic e outros. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 65

outras palavras, não deve se resumir à reprodução da opinião pessoal e deslocada de um julgador, mas dialogar com as razões adotadas pelos demais, desafiando-as, a fim de manter vivo o debate e aprimorar a qualidade, a consistência e a precisão dos argumentos da Corte.

263

Em contrapartida, em um sistema no qual a preocupação dos julgadores das Cortes de Vértice se limita à resolução do caso, reproduzindo um modelo de julgamento peculiar a uma Corte de correção, a divergência constitui mera ressalva da opinião pessoal daquele que a emite.²⁶⁴ O Supremo Tribunal Federal, em geral, adota essa perspectiva e lança mão de técnicas personalistas que menosprezam o valor da deliberação colegiada. No próximo capítulo, objetiva-se traçar o perfil deliberativo do STF por meio da análise de suas variáveis institucionais e normativas e do ambiente cultural no qual decide. A partir disso, arrisca-se lançar algumas alternativas para o resgate da colegialidade e da unidade institucional da Suprema Corte brasileira.

²⁶³ “If dissenting opinions are valuable, it is especially because they challenge the opinion of the court. By doing this, they not only keep the debate alive; this is only their main post-decisional effect. Dissenting opinions may also have a pre-decisional effect. By challenging the opinion of the majority, they may enhance the quality, the soundness and the sharpness of the court’s arguments”. SILVA, (Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 11, 2013. p. 557-584. p. 583). “Quando se tem em conta apenas a solução do caso, a divergência é um meio para o julgador ressaltar a sua posição pessoal diante do entendimento da maioria. Contudo, quando do julgamento resulta um entendimento que, mais do que resolver o caso, fixa o sentido do direito que guiará a vida em sociedade e os casos vindouros, a divergência se dirige à sociedade e, especialmente, à comunidade jurídica, que não pode deixar de estar ciente do grau de autoridade dos precedentes. A Corte, se tem a função de desenvolver o direito, deve deixar absolutamente claro à sociedade as razões pelas quais as normas que são expressas nas rationes decidendi dos precedentes não contam com a adesão de todos os membros do colegiado. Isso também para que a dissensão se mantenha acesa e possa fomentar o debate na comunidade jurídica, especialmente na academia. O dissenso, assim, constitui uma marca que simboliza a divergência interna no órgão incumbido de finalizar o processo de produção do direito, algo que não pode ser confundido com a divergência peculiar aos julgamentos das Cortes de Apelação”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. Cap. 4 p. 7-8).

²⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 29

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A NECESSIDADE DE UMA RESPOSTA INSTITUCIONAL EM NOME DA CORTE

3.1. O *déficit* deliberativo do Supremo Tribunal Federal na fase deliberativa

O controle de constitucionalidade brasileiro caracteriza-se por um modelo misto, em que as questões constitucionais chegam à Corte em dois contextos institucionais: por meio de controle concentrado e abstrato ou a partir de controle difuso e concreto. Diego Werneck destaca, porém, que o Supremo se comporta ao menos como três *personas*, isto é, tem três perfis comportamentais com padrões *sui generis* que diferem, basicamente, quanto à (a) quantidade de processos e suas variações ao longo do tempo; (b) ao tribunal de origem; (c) à movimentação do processo dentro do Supremo até seu arquivamento e (d) à natureza das partes.²⁶⁵ Tratam-se dos perfis constitucional, recursal e ordinário, em que, respectivamente, a Corte realiza o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, promove o controle concreto em sede de recurso em processos subjetivos e, residualmente, atua como instância única e originária.

Proporcionalmente, o perfil recursal da Corte é o que mais se destaca.²⁶⁶ A atual configuração do STF, hoje, reduziu-o a um terceiro grau de jurisdição, o que contradiz o texto constitucional no qual o duplo grau não constitui sequer garantia fundamental.²⁶⁷ Segundo

²⁶⁵ ARGUELHES, Diego Werneck e RIBEIRO, Molhano Leandro. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. In: *Revista Direito e Práxis*. Vol. 4, n. 7, 2013, pp. 85-121. pp. 405-406.

²⁶⁶ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo e ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números O Múltiplo Supremo*. Fundação Getúlio Vargas, abril de 2011

²⁶⁷ “Ao assegurar o acesso a recursos inerentes, a Constituição possibilita individualmente, na quase totalidade dos casos, o direito mínimo a dois julgamentos, um inicial e um recurso, o duplo grau de jurisdição. Essa interpretação da Constituição é frequentemente mencionada quando se discute a importância de se manter aberto o acesso ao STF, por parte dos litigantes, pela via recursal. Entretanto, ao analisarmos mais detidamente a distribuição dos tribunais de origem dos processos que chegam ao STF, percebemos que a jurisdição recursal do STF serve basicamente a uma garantia muito além do duplo grau de jurisdição. Na prática, no Brasil, se garante no mínimo o triplo grau de jurisdição, às vezes até mesmo o quádruplo grau de jurisdição”. (ARGUELHES, Diego Werneck; CERDEIRA, Pablo de Camargo e FALCÃO, Joaquim. Relatório Supremo em Números. O Múltiplo Supremo In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 399-452, jan./abr. 2013. p. 419). Ainda: “Podemos assegurar que, no mínimo, 86% dos casos julgados no STF representam um triplo grau de jurisdição, que não é previsto nem no texto constitucional, nem na interpretação constitucional que considera obrigatório o duplo grau de jurisdição. (...) Em termos quantitativos, a persona de Corte Constitucional do Supremo sempre foi pequena, quase inexpressiva, ante as personas ordinária e recursal.” (ARGUELHES, Diego Werneck; CERDEIRA, Pablo de Camargo e FALCÃO, Joaquim. Relatório Supremo em Números. O Múltiplo Supremo In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 399-452, jan./abr. 2013. p. 422).

“Ao modificar as regras de acesso ao controle de constitucionalidade, o STF não apenas limita ou amplia o número de processos sob sua responsabilidade, mas também, e principalmente, modifica seu perfil institucional. De acordo com suas próprias interpretações, pode o Supremo ser mais ou menos constitucional, mais ou menos ordinário, mais ou menos recursal, mais ou menos atuante”. (ARGUELHES, Diego Werneck; CERDEIRA, Pablo de Camargo e FALCÃO, Joaquim. Relatório Supremo em Números. O Múltiplo Supremo In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 399-452, jan./abr. 2013. p. 424). Nesse sentido Marinoni pontua que: “a Corte de Cassação italiana vive uma situação caótica. Basicamente porque, diante do excesso de

Marinoni, “a relativização do duplo grau e a obediência aos precedentes são elementos presentes no sistema que realmente respeita os seus juízes”.²⁶⁸

Uma vez que o objeto do trabalho é a análise do desempenho do Supremo na qualidade de Corte Suprema, limita-se o estudo ao primeiro contexto, no qual o STF atua como primeira e última instância na apreciação abstrata e concentrada do controle de constitucionalidade. Ainda, dentro desse perímetro, distingue-se o exame realizado pelo colegiado, excluindo-se a performance monocrática dos seus membros, a qual, aliás, segundo dados do relatório Supremo em Números, da FGV Direito Rio, entre 1992 e 2013, representa 93% das manifestações do STF.²⁶⁹

Portanto, importa tratar do modo pelo qual ocorre a interação colegiada no STF, isto é, da forma como os ministros interagem antes e durante as sessões plenárias em que se decidem ações do controle abstrato, sobretudo as questões controvertidas, em que, via de regra, a sociedade civil é mobilizada. É certo que muitas decisões prolatadas pela Corte Constitucional constituem casos moralmente controvertidos e, por isso, com grande repercussão – casos considerados “difíceis”. No entanto, nem de longe tais casos correspondem a maior parte de sua atividade.²⁷⁰

Tal constatação relaciona-se, principalmente, com a forma pela qual o tribunal está estruturado para selecionar os casos que julgará. Não há, no Brasil, um controle de agenda sensível o suficiente à sua missão constitucional de atribuir sentido ao direito, o que provoca uma sobrecarga desmedida aos membros da Corte.²⁷¹ Werneck aponta o grau de

recursos e do grande número de juízes que a integram, não consegue realizar as funções de uma Corte Suprema. Acusa-se a Cassação italiana de ter se tornado um tribunal de terceiro grau de jurisdição e, pior do que isso, de proferir em seu dia-a-dia decisões completamente diferentes para casos absolutamente iguais. O Superior Tribunal de Justiça brasileiro, embora contando com menor número de Ministros, também é assolado por uma avalanche de recursos e, não apenas por isso, não zela pela estabilidade das suas decisões.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 46).

²⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. cap. 2 p. 18

²⁶⁹ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo e ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números O Múltiplo Supremo*. Fundação Getúlio Vargas, abril de 2011. Diego Werneck Arguelhes e Ivar A. Hartmann problematizam em breves notas a crescente delegação de poder decisório individual para os ministros, no mérito e também nas liminares (A monocratização do STF. Publicado 3 de Agosto, 2015. Disponível em <http://jota.info/a-monocratizacao-do-stf>. Acesso em 26 de outubro de 2016).

²⁷⁰ “Há muitas decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal em casos difíceis. Elas, porém, não compõem a maioria de suas decisões. Ademais, o modus adotado pela Corte para solucionar questões polêmicas nem sempre supõe adoção de orientação ativista”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição federal, controle jurisdicional e níveis de escrutínio. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 9, n. 32, p. 97-123, jul./set. 2015. p. 106).

²⁷¹ Por outro lado, conforme destaca Marinoni, “A Suprema Corte estadunidense constitui genuíno exemplo de Corte Suprema que funciona com filtro recursal destinado a conferir adequada oportunidade à instituição ou à revogação de precedente. O *writ of certiorari* confere à Suprema Corte ampla discricionariedade para selecionar os recursos (Rule 10, *Rules of the Supreme Court*). O *certiorari*, que nasceu para reduzir o número de recursos afetos à Suprema Corte, tornou-se um instrumento indispensável para a Corte desenvolver a sua função. O instituto não apenas permitiu à Corte racionalizar o seu tempo, dedicando-o aos casos mais importantes, mas

acessibilidade ao tribunal pelos ligantes como outra variável capaz de influir na definição do seu perfil comportamental predominante.²⁷² No entanto, tais variáveis – pré-decisionais na classificação desenvolvida por Conrado Mendes e aqui adotada – não serão objeto de maior aprofundamento. Após a apresentação da estrutura deliberativa do Tribunal prevista em seu Regimento Interno, a partir do artigo 54, serão esmiuçados os déficits deliberativos – e pós-deliberativos (ponto 3.2) – do STF com observações pontuais aos modelos deliberativos estadunidense e italiano, por representarem modelos típicos de deliberação externa e interna, respectivamente.²⁷³

Segundo o artigo 143 do Regimento interno do STF, o Plenário reúne-se com presença mínima de seis ministros e é dirigido por um Presidente. Exige-se quórum de oito ministros para votação de matéria constitucional (art. 143, parágrafo único). A distribuição dos processos é feita por sorteio ou prevenção de modo aleatório e público a um relator (art. 66), dentre todos os ministros, com exceção do Presidente (art. 67). A propósito, o relator dispõe de ampla gama de prerrogativas, dentre as quais se destaca a possibilidade de indeferir liminares (art. 4º e art. 15 da Lei n. 9.868/99 e art. 4º, §2º da Lei n. 9.882/99); admitir *amici curiae* (art. 7º, §2º da Lei n. 9.868/99); aplicar o art. 12 da Lei n. 9.868/99; instruir o processo (art. 6º e art. 11, caput da Lei n. 9.868/99 e art. 6º, caput da Lei n. 9.882/99); convocar

sobretudo lhe deu condições de fixar soluções para situações de notável importância para o desenvolvimento da sociedade estadunidense” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. pp. 143-144)

²⁷² “Primeiro, é importante levar em conta o quanto o trabalho do Supremo envolve ou não casos necessariamente controvertidos, sem respostas jurídicas claras. Isso está diretamente ligado à capacidade do tribunal escolher ou não os casos que vai julgar, bem como ao grau de dificuldade de acesso ao tribunal por parte de litigantes. Como observamos nas seções anteriores, parte da sustentação do modelo atitudinal nos EUA é feita pela constatação de que a Suprema Corte escolhe, de maneira bastante livre, quais casos irá julgar. No Brasil, porém, o diagnóstico tradicional é o de que o STF não tem o mesmo grau de controle sobre sua pauta, e é relativamente fácil acessar o tribunal. Mais ainda, cerca de 87% das decisões que o tribunal tomou entre 1988 e 2011 foram monocráticas - decisões tomadas por um único ministro, geralmente devido a sérios problemas procedimentais ou por estarem em claro desacordo com a jurisprudência do tribunal”. (ARGUELHES, Diego Werneck e RIBEIRO, Molhano Leandro. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. In: *Revista Direito e Práxis*. Vol. 4, n. 7, 2013, pp. 85, 114 e 121).

²⁷³ A comparação a ser realizada com outras cortes tem o objetivo de fomentar o debate e apresentar perspectivas ao modo de deliberar no STF, sem olvidar, no entanto, suas particularidades institucionais e culturais. Parte-se do pressuposto de que “la validez de una teoría constitucional o de un modelo democrático no se debería probar en la pura abstracción”. (JARAMILLO, Leonardo García. ¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. In: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 60, n. 2, maio/ago. 2015, pp. 67-95. p. 72). Ou seja, modelos estrangeiros não podem ser pura e simplesmente transportados para uma realidade diversa: “Tenemos que hacer recepciones creativas de las teorías de circulación trasnacional. Hay una diferencia entre adoptar y adaptar una teoría, y por lo que hay que propender es por lo segundo. (...) Además, las teorías constitucionales nacen a partir de relaciones entre saber y poder, y estas relaciones son muy particulares entre los países. Debemos entonces abrir caminos que permitan la creación de una conciencia jurídica propia que se aleje de la reproducción de conocimiento constitucional producido en otros contextos y la cual tenga en cuenta la naturaleza híbrida de nuestras propias tradiciones jurídicas y nuestra situación y nuestras necesidades”. (*idem*).

audiências públicas e peritos (art. 5º, §§ 1º, 2º e 3º; art. 20, §§ 1º, 2º e 3º da Lei n. 9.868/99; art. 6º, §1º da Lei n. 9.882/99), submeter questões de ordem ao Plenário ou à Turma (art. 21, III, RISTF), pedir dia para julgamento (art. 21, X, RISTF), redigir o relatório – cujas cópias são antecipadamente distribuídas para os demais ministros (art. 87) – e proferir o primeiro voto na sessão de julgamento.²⁷⁴

Prevê-se a publicidade das sessões de julgamento, salvo deliberação contrária (art. 124), cujo objeto inclui, além da verificação do número de ministros, a discussão e aprovação da ata da sessão anterior, indicações e propostas e o julgamento dos processos em mesa. Apesar de não haver previsão expressa, não se descarta a realização de reuniões prévias e privadas entre os ministros.²⁷⁵ De todo modo, seja antes, durante ou depois das sessões plenárias, não se pode dizer que há, na disposição atual, efetiva deliberação no sentido de troca de argumentos e contra-argumentos entre os ministros.

Isso porque as sessões iniciam-se com a leitura do relatório pelo respectivo relator (art. 126, parágrafo único), após a qual são realizadas as sustentações orais (art. 131). Segundo o art. 135, concluído o debate oral, “o Presidente tomará os votos do relator, do revisor, se houver, e dos outros ministros, na ordem inversa da antiguidade”. Durante a sessão, a participação de cada ministro é limitada a duas manifestações, podendo ser admitida outra interlocução se necessária explicação a respeito de modificação de voto (art. 133). O mesmo artigo prevê que nenhum ministro poderá falar sem autorização do presidente, nem interromper a quem estiver se manifestando, salvo apartes, quando solicitados e concedidos, os quais podem ser cancelados pelo ministro apartante (art. 133, parágrafo único).

Em havendo pedido de vista, o julgamento é suspenso até a reapresentação dos autos, que deverá ser feita até a segunda sessão ordinária subsequente (art. 134), exceptuando-se constatação de acúmulo de serviço (art. 111). Quando da reapresentação do processo, serão computados os votos já proferidos pelos demais ministros anteriormente à retirada de pauta, ainda que já desligados da Corte (art. 134, §1). Prevê-se a possibilidade de participação de ministros que não tenham assistido ao relatório e aos debates quando estes se derem por esclarecidos (art. 134, §2) ou quando for necessário seu voto para fins de quórum ou desempate, caso em que serão renovados o relatório e a sustentação oral e comutados os votos

²⁷⁴ KLAFFE, Guilherme Forma. *Vícios no processo decisório do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob orientação do Professor Henrique Motta Pinto. São Paulo, 2010. p. 12

²⁷⁵ KLAFFE, Guilherme Forma. *Vícios no processo decisório do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob orientação do Professor Henrique Motta Pinto. São Paulo, 2010. p. 13

já proferidos (art. 134, §3). O (a) presidente pode, inclusive, autorizar a antecipação dos votos pelos ministros (art. 135, §1).

Constrange-se os ministros a encerrar o julgamento, uma vez iniciado, na mesma sessão, ainda que após a hora regimental (art. 139). Após o encerramento, o áudio da deliberação em Plenário é transcrito no acórdão (art. 93), contendo o relatório, a discussão, os votos, os fundamentados e as perguntas feitas aos advogados e as respostas (art. 96). No entanto, autoriza-se os ministros a suprimir votos e falas, injustificadamente.²⁷⁶ Em até 20 dias após a sessão os ministros que participaram do julgamento podem encaminhar seus votos escritos à Secretaria das Sessões, os quais devem corresponder necessariamente àquilo decidido no plenário. Inclusive, o STF já se manifestou no sentido de que havendo discordância entre o conteúdo da gravação e do voto redigido e enviado, prevalece o primeiro.²⁷⁷ Caso os gabinetes não liberem os votos no prazo, será adicionada à transcrição do áudio a ressalva de que não houve revisão.

Após a transcrição, os autos são encaminhados ao relator para a elaboração do acórdão e da ementa no prazo de 10 dias (art. 96, §4). No entanto, caso vencido o relator, será designado o ministro que houver proferido o primeiro voto proclamado da corrente majoritária (art. 135, §4), visto que em sede de controle abstrato não há revisor, exceto no caso do art. 324, §3.

A essa altura já está claro que para a promoção de uma Corte Suprema colegiada deliberativa não basta apenas o desenho de uma estrutura institucional favorável, sendo também necessário o compartilhamento de ideais éticos entre os integrantes da Corte e da mesma concepção acerca da sua função como instituição. No caso brasileiro, no entanto, o desenho institucional do STF não favorece a promoção do diálogo e tampouco há o compartilhamento de valores ou uma identidade na percepção a respeito do papel da Corte. As disposições do Regimento Interno reproduzem um modelo rígido e personalista no qual a interação entre os ministros é engessada, limitada e praticamente ausente, visto que as sessões se limitam à leitura de votos individuais.

A ausência de diálogo durante as sessões plenárias – ou, ao menos, de um diálogo deliberativo, com a troca de argumentos e contra-argumentos entre os ministros – é um dos

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário nº 564.413. Relator: Marco Aurélio, Brasília, DF, 13 ago. 2014.

²⁷⁷ “Há contradição quando o voto de desempate juntado ao processo, sem revisão do autor, surge conducente a conclusão diversa da constante da proclamação. Dá-se o afastamento da citada contradição a partir de degravação do áudio, com documentação do voto realmente proferido”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2581 ED, Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão proferido em 15.04.2009).

fatores relacionados ao déficit deliberativo do Supremo Tribunal Federal constatados no momento da formação da convicção de seus julgadores. Em essência, tais fatores refletem, basicamente, a ausência de um sentimento de missão institucional entre os ministros. Observa-se a reprodução de uma cultura personalista, patrimonialista e irracional na qual ainda se despreza a previsibilidade.²⁷⁸

Em primeiro lugar, a metodologia adotada para a redação do relatório do caso pelo ministro relator é, muitas vezes, insatisfatória. Via de regra, além de muito extenso – o que, de certa forma, constitui uma predisposição à dispensa de sua leitura na abertura das sessões²⁷⁹ –, não contém a delimitação das questões controvertidas sobre as quais os ministros devem se manifestar para que seja possível, na fase pós-decisional, a identificação de uma fundamentação compartilhada pela Corte, não no que toca ao resultado, mas às teses jurídicas. O relator apresenta uma decisão prematura em termos de justificativa, na qual não é rara a fundamentação em uma tese sobre a qual as partes – e os próprios ministros, na sequência – não chegam a se manifestar, respectivamente, por falta de oportunidade e consciência acerca da função da corte.

Diante disso, um horizonte é a apresentação pelo relator de mais de uma solução às questões controversas identificadas. Na *Corte Costituzionale* italiana, por exemplo, o relator tem a incumbência de trazer, em seu voto, não apenas sua visão a respeito do caso tratado, mas também os pontos de vista divergentes à sua tese, justamente para oferecer aos demais um panorama mais robusto. Não se ignora, no entanto, a intensa carga de trabalho do Supremo Tribunal Federal. Nessa medida, não se pode conceber alterações pontuais em seu modo de decidir, sendo necessário, nesse caso, repensar, dentre outras coisas, a multiplicidade de vias de acesso ao Supremo²⁸⁰ e a funcionalidade dos mecanismos de coletivização de demandas, que muitas vezes apesar de otimizar a prestação de tutela jurisdicional nas instâncias ordinárias, não o fazem nas instâncias superiores.

²⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. Justificativa do novo CPC. 1 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

²⁷⁹ “Nesse sentido, o ministro C afirmou: Na grande maioria dos casos, os ministros não leem o relatório, basicamente porque há muito serviço para ler, mas também pelo fato de que muitos relatórios são muito extensos [...]. Em outras palavras o relatório, na prática, acaba não exercendo a sua função”. (SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015. p. 189).

²⁸⁰ “São 52 tipos de procedimentos distintos capazes de chegar ao Supremo Tribunal Federal, que foram utilizados em menor ou maior grau nos últimos 21 anos. Das grandes cortes judiciais do mundo ocidental, o Supremo é provavelmente a que oferece a maior multiplicidade de acesso”. (ARGUELHES, Diego Werneck; CERDEIRA, Pablo de Camargo e FALCÃO, Joaquim. Relatório Supremo em Números. O Múltiplo Supremo In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 399-452, jan./abr. 2013. p. 407).

Além disso, a nova função da Corte de Vértice no *civil law* pressupõe a transformação do papel do relatório, a partir do qual deve ser possível a comparação dos casos para a aplicação adequada de precedente ou a realização de seu *distinguish* nos casos posteriores.²⁸¹ No entanto, além de o relator não redigir um relatório claro e completo o suficiente ou fazê-lo de modo extenso, mas impreciso, os demais ministros reproduzem tal vício ao realçar, em seus votos, cada qual questões e teses diversas e desconexas, possivelmente em razão da ausência de uma linha condutora inicial. Pior ainda é a indefinição dos critérios a partir dos quais alguns temas – e não outros – são escolhidos para merecer a consideração dos ministros.²⁸²

Tendo isso em vista, o ministro relator tem a missão de elaborar um relatório completo – com a indicação da moldura fática do caso e as questões a serem discutidas. Uma vez que nem todos os ministros conseguirão conferir as informações destacadas no relatório, este deve conter o máximo de informações possíveis, não apenas em favor da opinião de quem o redige, mas também com ela divergentes. Isso porque, como já salientado, a omissão de informações em um ambiente colegiado pode ter efeitos negativos decisivos não apenas no processo de deliberação em si, mas também no resultado da decisão final.²⁸³

Por fim, importa registrar a influência do voto relator no resultado da votação. Fabiane Luci de Oliveira, após analisar as 1.277 ações diretas de inconstitucionalidade julgadas entre os anos de 1999 e 2006, constatou que “apenas quatro das 163 ADINs com decisão não unânime o voto do relator foi vencido. Ou seja, em 98% dos casos não unânicos, o voto do relator foi o voto da maioria do tribunal”.²⁸⁴

²⁸¹ “Aliás, observe-se de passagem, que também o relatório tem de ser colocado em nova perspectiva na tradição do civil law. Isso porque é a partir dele que será possível cotejar os casos a fim de que se possa aplicar de forma adequada o precedente”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. Cap. 3 p. 37).

²⁸² “Significa dizer que os ministros não seguem uma linha condutora. Cada voto realça um aspecto diferente da questão sem tratar dos outros, como mencionado no vício anterior. Porém, não é possível saber o que subjaz à escolha desses pontos - seria um defeito na argumentação dos ministros que votaram anteriormente, a tentativa de se transmitir uma mensagem para o público, a necessidade de se defender uma determinada ideia na Corte, ou outro motivo?” (KLAFKE, Guilherme Forma. *Vícios no processo decisório do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob orientação do Professor Henrique Motta Pinto. São Paulo, 2010. p. 101).

²⁸³ “Since not every justice will be able to check the information provided by her colleagues in every case, it should be at least the task of the justice rapporteur to deliver as much information as possible, that is, not only information that supports, but also information that runs counter to her opinion. Concealing unshared information may have decisive (negative) effects not only on the final decision, but also on the act of deliberating as such”. (SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 11, 2013. p. 557-584. p. 577).

²⁸⁴ OLIVEIRA, Fabiane Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 20, n. 44, 2012. p. 148. Segundo pesquisa coordenada por Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza, duas hipóteses podem explicar o significativo número de adesões ao voto do relator, sem declaração de voto. A primeira relaciona-se ao volume excessivo de trabalho do STF, o que

Ainda que, via de regra, apenas nos casos corriqueiros o voto do relator seja decisivo para o resultado da decisão da Corte, nos casos moralmente controvertidos, que atraem o clamor popular – aqui analisados –, seu voto também o será, não para o resultado, mas para a delimitação dos pontos controvertidos e, conseqüentemente, o próprio desenvolvimento do direito.²⁸⁵⁻²⁸⁶

De mais a mais, o fato de o ministro relator não enumerar todas as questões sobre as quais todos os demais ministros, em tese, devem se manifestar, favorece um panorama no qual cada qual trata de diferentes questões, muitas das quais podem ser definidas como marginais.²⁸⁷ Em outras palavras, o STF não delibera sobre todas as questões como um órgão colegiado. Os ministros chegam com seus votos prontos às sessões e limitam-se a lê-los. Dificilmente mudam de opinião após a exposição dos colegas, considerando o tempo e esforço já empreendido pelos ministros – e seus gabinetes – bem como o constrangimento público ao qual são submetidos e cujos efeitos já foram analisados no capítulo precedente.

A propósito, em entrevista realizada por Virgílio Afonso da Silva a respeito do papel do ministro relator na deliberação do STF, um dos ministros expressamente aduziu que dificilmente há a reconsideração de um voto por um ministro. Chega-se à sessão, lê-se o voto já refletido e defende-se, a qualquer preço, um determinado ponto de vista.²⁸⁸ Some-se a isso

compromete a disponibilidade dos ministros para apresentar voto em separado. A segunda parte da ideia de que o ministro relator tem mais familiaridade com o caso, o que estimularia a confiança dos demais em segui-lo. (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (Coord). “Accountability” e jurisprudência do STF: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: SBDP/Malheiros, 2012. pp. 87-88).

²⁸⁵ “Além disso, alguns ministros claramente diferenciam o papel do relator nos casos corriqueiros e nos casos que atraem a opinião pública. O ministro P, por exemplo, salienta a necessidade de diferenciar entre os casos repetitivos e os casos marcantes, para concluir que apenas nos primeiros o papel do relator seria decisivo. De forma mais incisiva, o ministro T argumenta que, quando a matéria não chama atenção (ou, nas suas palavras, ‘não dá ibope’), o ministro relator tem papel decisivo, mas: Quando a matéria ‘dá ibope’, então o voto do relator é tomado como um voto qualquer. Às vezes, dependendo de qual seja a composição, o fato de o relator ser fulano e não sicrano pode ensejar uma reação mais ou menos aguda de determinados outros ministros”. (SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015. p. 189).

²⁸⁶ Guilherme Klafke concluiu, a partir de pesquisa empírica realizada, que “nos casos em que o relator trouxe o maior número de questões, verifica-se que quase nenhum assunto foi abandonado. (...) a maior parte das questões que são debatidas pelos ministros, em Plenário, é trazida por ele. Seu voto parece ter um poder decisivo para circunscrever os limites do que se julgará e do que será alvo de apreciação pelos votos subsequentes.” (KLAFFE, Guilherme Forma. *Vícios no processo decisório do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob orientação do Professor Henrique Motta Pinto. São Paulo, 2010. p. 96)

²⁸⁷ “Por outro lado, a maioria das questões que surgem no decorrer da sessão é abordada apenas pelos ministros que as suscitaram. Em geral, elas tocam aspectos marginais do problema principal, embora pareçam importantes para os ministros que as levantam”. (KLAFFE, Guilherme Forma. *Vícios no processo decisório do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob orientação do Professor Henrique Motta Pinto. São Paulo, 2010. p. 96).

²⁸⁸ Dificilmente um ministro vai reconsiderar, porque ele não espera os outros argumentos, ele já põe o ponto de vista dele e ele vai para lá para defender aquele ponto de vista a qualquer preço. p. 191.

o não compartilhamento prévio das razões dos ministros uns com os outros. Na entrevista realizada por Virgílio, a prática de levar votos prontos às sessões é encarada com naturalidade por alguns ministros e demonstra, na verdade, boa preparação para o julgamento do caso.²⁸⁹

Há até quem entenda que a redação individual do voto é importante para a eventualidade de haver divergência com o relator. Para tal ministro, “pelo menos o primeiro, o mais jovem, tem que estar preparado para votar, inclusive porque ele não sabe em que sentido vai votar o relator”.²⁹⁰ Segundo ele, quanto mais distante é a prolação do voto com relação àquele declarado pelo relator, menos importante sua preparação.²⁹¹ Ocorre que esse cenário promove um ambiente personalista caracterizado pela ausência de contra-argumentação. Uma Corte na qual dificilmente os votos originais dos ministros se alteram em razão do déficit dialógico privilegia o valor do individualismo em detrimento do valor da deliberação.

Alguns ministros ainda pontuaram que apesar de não haver a distribuição do voto do ministro relator previamente à sessão, isso não significa necessariamente que não haja diálogo, pois muitas vezes é possível prever como será proferido o voto de um ministro de acordo com seus posicionamentos passados. Além disso, é possível realizar alterações nos votos após a sessão e antes da publicação ou, ainda, pedir vista e, assim, considerar a argumentação dos colegas antecedentes. Contudo, conforme se verá adiante, em geral, os votos-vista não enriquecem verdadeiramente a prática deliberativa da Corte. Aliás, os próprios ministros reconhecem limites a esse mecanismo. Por um lado, a grande carga de trabalho desencoraja o alto número de pedidos de vista, exigindo sua racionalização. Por outro, em alguns casos há forte pressão da opinião pública, que clama por uma resposta célere do Judiciário e, assim, reprime eventual retirada de pauta.²⁹²

De mais a mais, ainda quando se constata certo diálogo entre os deliberadores, este se limita ao esclarecimento de dúvidas individuais, não se revelando uma discussão propriamente dita.²⁹³ Esse tipo de comunicação pode acentuar o conflito e encorajar o auto-

²⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. "Um voto qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015. p. 192

²⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. "Um voto qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015. p. 192

²⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. "Um voto qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015. p. 192

²⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. "Um voto qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015. p. 218.

²⁹³ “Da totalidade de discussões que resultaram em consenso, um número significativo (11) teve como motivo o esclarecimento de alguma dúvida. A observação é importante: nos casos de esclarecimento, não há necessariamente uma contraposição de ideias e argumentos. Não há um choque de visões”. (KLAFKE, Guilherme Forma. *Vícios no processo decisório do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*. Monografia apresentada

interesse ao tornar os participantes menos flexíveis, ainda mais auto-interessados e, portanto, menos abertos à troca de informações e transformação de opinião.²⁹⁴

A estrutura institucional do tribunal tampouco favorece a promoção da deliberação, já que, conforme exposto, os ministros têm a obrigação de relatar, “deliberar”, ajuntar os votos e proferir o resultado do julgamento em uma única sessão. Além de nem sempre estarem familiarizados com os casos incluídos em pauta – por falta de tempo, visto que o presidente do tribunal tem a faculdade de selecioná-los com uma semana de antecedência, aleatoriamente –, são, não raras vezes, surpreendidos com raciocínios com os quais não têm familiaridade.²⁹⁵ Rememore-se que o valor epistêmico de um julgamento colegiado é justamente o acréscimo de informações e o aprimoramento da argumentação do tribunal. Reconhecido isso não é razoável que os ministros formem seus raciocínios antes de debater, persuadir e serem persuadidos pelos demais tampouco que se restrinja a comunicação dos ministros a um único momento.

Outra complicação revela-se na eventualidade de ausência de um ministro à sessão. Nesse caso, perde-se não apenas a sustentação oral das partes, a leitura do relatório e dos votos, mas a oportunidade de influenciar e ser influenciado pelos colegas.²⁹⁶ Para Oscar Vilhena Vieira, a deliberação no tribunal deveria ocorrer ao menos em três etapas. Em um primeiro momento, seriam selecionados os casos da jurisdição difusa para julgamento no ano judiciário – enquanto o julgamento de jurisdição concentrada se daria por ordem de chegada. Em um segundo momento, seria oportunizada a ocorrência de audiências públicas, nas quais a presença dos ministros seria obrigatória. Só depois haveria a sessão de discussão e

à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob orientação do Professor Henrique Motta Pinto. São Paulo, 2010. p. 114).

²⁹⁴ “Transformations of preferences, and even on rare occasions transformations of underlying identities, in the direction of a common good can be among the most valuable features of deliberation. To insist on a role for self-interest in deliberation is not to deny that value”. (MANSBRIDGE, Jane *et al.* The place of Selfinterest and the Role of Power in deliberative democracy. *The Journal of Political Philosophy*: Volume 18, Number 1, 2010, pp. 64–100. pp. 79-80).

²⁹⁵ “A configuração da sessão se reflete nos julgados de duas formas: de um lado, nem sempre os ministros se encontram totalmente preparados para julgar; de outro, eles podem ser surpreendidos durante o julgamento por argumentos ou questões levantadas por colegas”. (KLAFKE, Guilherme Forma. *Vícios no processo decisório do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob orientação do Professor Henrique Motta Pinto. São Paulo, 2010. p. 104). Veja-se, por exemplo, o seguinte extrato: “O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - Sra. Presidente, ao contrário dos colegas mais modernos que se podem dar a delícia de já trazer o voto escrito à luz do material recebido, eu, rigorosamente, fui surpreendido com a colocação em mesa deste problema. (...) O Senhor Ministro Joaquim Barbosa - [...] Com essas considerações, peço vênias ao ministro Cezar Peluso e aos que o acompanharam para, pelo menos nesse juízo preliminar - já que tomei conhecimento dessa ação direta há poucos minutos -, indeferir a cautelar.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3854-1/DF. Relator: Min. Cezar Peluso. Acórdão proferido em 28.02.2007).

²⁹⁶ KLAFKE, Guilherme Forma. *Vícios no processo decisório do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob orientação do Professor Henrique Motta Pinto. São Paulo, 2010. p. 107

julgamento, na qual, tomada a decisão, esta deveria ser redigida por quem liderou a maioria. Para o autor, a possibilidade de veiculação de até 11 votos apartados é desnecessária, pois poucos de fato acrescentam ao desenvolvimento do direito – isso quando não confundem os jurisdicionados.²⁹⁷

Nos Estados Unidos, há breve momento de debate face-a-face, em sigilo, entre os ministros, no qual, de forma não vinculativa, eles anunciam seus vereditos e, a partir disso, definem a opinião da maioria. Em seguida, circula-se eletronicamente parecer da posição majoritária, redigido pelo *justice senior* a votar com a maioria, para que sejam feitas observações sobre o projeto de voto. Ao longo do tempo, a conferência a portas fechadas tornou-se cada vez mais improdutiva, limitando-se à verificação de um consenso ou não. A definição do resultado e fundamentos da decisão cada vez mais ocorre durante a comunicação interna realizada por meio de memorandos escritos. Há, nesse momento, a tentativa de acomodação da redação do texto aos diferentes pontos de vista. A despeito do mérito ou não da realização do debate em meio virtual, importa reconhecer a conveniência de proporcionar um momento de ajustamento de visões e comprometimento entre os ministros após a exposição dos seus respectivos pontos de vista. Isso, porém, exige um mínimo de disposição ao alcance de um consenso e o reconhecimento de sua imprescindibilidade.²⁹⁸

Com efeito, se institucionalmente se proporciona aos ministros apenas duas ocasiões para a deliberação entre si – antes e durante a sessão de julgamento –, na prática, nenhum deles é, de fato, aproveitado. Por um lado, durante as sessões não há um momento propriamente deliberativo, visto que se limitam à leitura de votos individuais prontos. Não se aproveita o encontro para, em um primeiro momento, verificar a delimitação dos pontos controvertidos e sobre eles debater para, em seguida, então se proceder à tomada dos votos.

Por outro, não há troca de votos entre os ministros antecipadamente à sessão, em reuniões prévias ou até mesmo eletronicamente. Aliás, a maioria dos ministros reconhece que o envio – ao menos do voto do relator –, previamente à sessão, enriqueceria a qualidade da

²⁹⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, Dec. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322008000200005&lng=en&nrm=is. Acesso em 12 de junho de 2016.

²⁹⁸ “Deliberation does not mean simply discussing before casting a vote. There is a regulative idea that necessarily underlies this concept: deliberation implies a consensus oriented interaction between the participants of a collegiate body. When a court publishes seriatim opinions by each member of the bench, there may be less incentive for a consensus-oriented discussion. However, the seriatim method of opinion publication adopted by the Brazilian Supreme Court does not demand that every justice publish a fully articulated opinion”. (SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 11, 2013. p. 557-584. p. 577).

deliberação.²⁹⁹ Outros, porém, reproduzem a ideia de que o compartilhamento de votos individuais antes das sessões constitui espécie de “combinação clandestina e obscura”.³⁰⁰ Seguramente um debate prévio, virtual ou pessoalmente, contribui para o aprimoramento da resolução da controvérsia e, conseqüentemente, para o próprio desenvolvimento do direito. Alguns ministros, no entanto, receiam, dentre outras coisas, que tal exercício possa implicar um efeito de acompanhamento por inércia e, conseqüentemente, de definição do resultado do julgamento antes do início da sessão³⁰¹ – o que, como visto, já acontece –, ou ainda comprometer suas respectivas autoimagens.³⁰²

Nesse ponto, é preciso reavaliar o conceito de transparência que perpassa uma democracia. Além de as sessões de julgamento do STF serem abertas ao público, são gravadas e televisionadas; a Corte conta, ainda, com uma estação de rádio, um canal no youtube e um perfil no Twitter. A cobertura da imprensa é intensa; os ministros frequentemente além de

²⁹⁹ “Nesse ponto, parece haver uma convergência entre os ministros, no sentido de que receber o voto do relator seria proveitoso, e isso por várias razões. Em primeiro lugar, e talvez como razão mais citada, haveria um enorme ganho de tempo, um efeito extremamente relevante em um tribunal assoberbado de casos a julgar”. (SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015. p. 193)

“Embora de maneira geral os ministros tenderam a propor modelos deliberativos muito semelhantes ao atual, em um caso específico a maioria dos ministros pareceu preferir um tribunal que tivesse uma regra (ou costume) diverso do atual STF. Para esses ministros, o ministro relator deveria distribuir o seu voto aos outros ministros antes da sessão de julgamento. Apenas 4 ministros foram contrários a essa prática, que, como explicitado acima, poderia ter um relevante impacto na deliberação no Supremo Tribunal Federal”. (SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015. pp. 198-199)

³⁰⁰ O ministro Marco Aurélio, em entrevista, posiciona-se contrário à prévia troca de votos. Segundo ele, não está em um teatro para acertar previamente as decisões. Disse que nunca trocou “figurinhas” antes das sessões e nunca trocará. (COSTA, Sylvio e SARDINHA, Edson. Congresso em foco: Marco Aurélio critica “troca de votos” no STF. UOL. Publicado em 17/04/2014. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/marco-aurelio-critica-%E2%80%9Ctroca-de-votos%E2%80%9D-de-ministros-no-stf/>. Acesso em 29 de outubro de 2016).

³⁰¹ “Os poucos ministros que são contrários à ideia de que o relator possa ou deva distribuir seu voto com antecedência são aqueles ou que entendem que isso pode levar muitos ministros a acompanhar o relator por simples inércia, ou que entendem que o grau de influência do relator poderia ser potencializado, ou ainda que supõem que o julgamento já estaria decidido antes de se iniciar a sessão, antes de se ouvirem os advogados em suas sustentações orais, quando fosse o caso. Esse receio, contudo, não leva em consideração a possibilidade de que primeiro sejam ouvidas as sustentações orais de advogados, procuradores e outros participantes para que, em sessão distinta, o relator apresente seu voto e haja deliberação. Esse é, de resto, o modelo mais comum em tribunais constitucionais e supremas cortes”. (SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015. p. 195)

³⁰² “Mas a divulgação do voto do relator, mesmo que desejada por boa parte dos ministros, ainda suscita alguns receios. Boa parte desses receios, contudo, não tem razões institucionais, mas pessoais, de imagem dos próprios ministros, que não querem correr o risco de divulgar seus argumentos com antecedência, para que outros ministros não possam elaborar contra-argumentos mais robustos. Assim, por exemplo, o ministro I afirma que, embora às vezes distribua seu voto como relator para alguns ministros mais próximos, “não faço com todos porque hoje, com essa exposição muito exacerbada que nós temos, você corre o risco do colega pegar um argumento seu e elaborar em cima desse argumento e levar você à lona”. (SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015. p. 194).

participar de eventos acadêmicos e palestras, concedem entrevistas, inclusive a respeito dos casos julgados.

De fato, a Constituição prevê que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”, nos termos do art. 93, IX. No entanto, não se confunda publicidade e transparência com espetacularização ou encenação.³⁰³ No Brasil, se por um lado as decisões tomadas a portas fechadas são vistas com extrema desconfiança, o televisionamento das deliberações criou um mito de transparência que deve ser desconstruído.³⁰⁴

A extrema publicização do julgamento, especialmente do ponto de vista psicológico, compromete em grande medida a performance deliberativa da Corte. Isso porque, conforme constatado em entrevista realizada por Virgílio Afonso da Silva com ministros atuais e aposentados do STF, emerge um novo tipo de preocupação entre eles: sua autoimagem diante de uma audiência.³⁰⁵ Apesar de Barroso subestimar o impacto dessa variável, entendendo que o risco de os ministros se preocuparem em agradar a plateia, apesar de não poder ser descartado, não é a regra, é certo que a probabilidade de um ministro alterar seu voto após sua exposição é menor, pois temerá a censura e menosprezo da opinião pública.

Nesse contexto, a ordem de votação pode exercer grande influência no resultado final, pois os primeiros seis – dos onze – ministros a lerem seus votos podem desde logo definir o desfecho do julgamento. Dessa forma, nem todos os votos – tampouco os seus respectivos argumentos – têm o mesmo valor.³⁰⁶ Nem todos os ministros terão oportunidade

³⁰³ “Transmissões ao vivo e acórdãos disponíveis na internet, entre outras medidas, criaram um mito de transparência que precisa ser desconstruído. Ao contrário do que muitos tentam fazer crer, publicidade e transparência não têm nenhuma relação direta e necessária com a quantidade de julgamentos transmitidos pela TV. Um tribunal constitucional transparente é aquele que decide com base em argumentos transparentes, que não disfarça dilemas morais por trás de retórica jurídica hermética, que não se faz surdo para os argumentos apresentados pela sociedade. Em suma, é aquele que expõe abertamente os fundamentos de suas decisões para que sejam escrutinados no debate público. Contudo, se nos perguntarmos o que o STF pensa sobre várias das questões constitucionais relevantes, dificilmente alguém saberá responder com precisão, a despeito da quantidade de decisões disponíveis na internet e de julgamentos transmitidos pela televisão”. (SILVA, Virgílio Afonso da, e MENDES, Conrado Hübner. Entre a transparência e o populismo judicial. *Folha de S. Paulo*. Publicado em 11.05.2009. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1105200908.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2016).

³⁰⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 11, 2013. p. 557-584. p. 581.

³⁰⁵ BARROSO, Roberto. As razões sem voto. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Volume 5. Número Especial. 2015. p. 41.

³⁰⁶ “The first six (of eleven) justices to read their opinions voted in the same manner (say, in favor of declaring a given statute unconstitutional). The last five justices to read their opinions (the seniors in office and the chief

de persuadir seus colegas. Aliás, uma vez que o art. 135 do Regimento Interno prescreve que os ministros votem sempre na mesma ordem – ordem inversa de antiguidade –, não é incomum que o caso já esteja decidido quando da leitura do voto pelos ministros mais antigos.³⁰⁷

Além disso, decidir diante de uma audiência também pode despertar nos ministros um sentimento de competição e uma motivação para a obtenção de êxito dos seus argumentos, em detrimento das teses dos demais, a fim de revigorar sua autoestima. Conforme define Virgílio Afonso da Silva, o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade encaixa-se num modelo extremo de deliberação externa, no qual há a preocupação em impressionar uma audiência externa, em detrimento de tencionar o alcance de uma “unidade institucional decisória” através de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal.³⁰⁸ Inclusive, é possível verificar um incremento na erudição dos votos dos ministros, que se tornaram mais extensos, verdadeiros ensaios doutrinários destinados a sobressaltar aos olhos da plateia. No mesmo sentido, entende André Rufino do Vale que

Todo o arsenal argumentativo trazido em longos e cansativos textos escritos é dirigido mais à persuasão do público externo e menos ao convencimento do colegiado de magistrados. Alguns juízes, inclusive, passam a se preocupar em formular frases de impacto que possam ser facilmente captadas pela edição dos principais meio de comunicação.³⁰⁹

A *Supreme Court* norte-americana também é definida como uma Corte de deliberação tipicamente externa. Nas palavras de Virgílio, os “juízes praticamente não interagem entre si e não deliberam no sentido estrito da palavra. O trabalho é individual e isolado”.³¹⁰ No mesmo sentido, Ferejohn e Pasquino entendem que a Corte norte-americana

justice) have much less influence on the final decision. Admittedly, it is formally an option for any justice to change her decision before the judgment is concluded. Nevertheless, given the procedural constraints to a free debate, and given the effects of the extreme publicity on the likelihood of opinion changes, once a justice has already read her opinion, it is less than plausible that such “6 to 0 score” may be overturned. Thus, in such situations, it is possible to state that not all arguments (or not all votes) have the same weight”. (SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 11, 2013. p. 557-584. p. 571).

³⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de direito Administrativo*, v. 250, 2009. p. 216.

³⁰⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. In: *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>. p. 200.

³⁰⁹ VALE, André Rufino do. A deliberação no Supremo Tribunal Federal: ensaio sobre alguns problemas e perspectivas de análise teórica. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 334.

³¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de direito Administrativo*, v. 250, 2009. p. 211

teria ido muito longe ao encorajar seus membros a se engajar publicamente em conflitos. Para eles, em vários sentidos a Suprema Corte dos EUA age publicamente.

Primeiramente, possuem legitimidade ativa perante esta corte os litigantes em geral e os votos ao decidir pela admissibilidade de um caso são públicos. Em segundo lugar, a realização de audiências públicas é a regra (pelo menos nos casos mais importantes), os votos são registrados e os votos dissidentes são publicados. A Corte raramente busca assegurar o consenso absoluto, aparentemente preferindo possibilitar a existência de conflito e de desacordo. Na maior parte dos casos há baixa incidência de deliberação interna, ou seja, os juízes não passam muito tempo deliberando sobre as especificidades dos casos a serem julgados (espectadores geralmente relatam que os juízes interagem na maior parte das vezes com seus assessores e menos frequentemente visam o convencimento alheio ou a mudança de voto dos outros juízes). A deliberação interna geralmente ocorre depois que se dá início à votação na sessão, quando os juízes decidem se eles vão concordar parcialmente ou totalmente com a decisão proferida em nome da Corte. Esta deliberação ocorre por escrito na maior parte das vezes, e não através de interação pessoal.³¹¹

Para Ferejohn e Pasquino, se esse conjunto permite, de um lado, a abertura a pontos de vista diferentes, o que favorece o debate público, por outro, pode implicar um estado de incerteza e indefinição, em que os atores políticos realizam tentativas para subjugar a Corte, ao invés de tentar persuadir seus membros. Os autores salientam que a publicação de diferentes visões sobre questões controversas tem inerente valor em democracias constitucionais. No entanto, destacam que há de haver um equilíbrio entre o pluralismo democrático e o alcance de uma opinião institucional compartilhada, fundada na valorização do consenso.³¹²

Por outro lado, o perfil das Cortes nos sistemas kelsinianos é inverso. Ferejohn e Pasquino definem-o como tipicamente interno. Não é comum a realização de audiências públicas, a deliberação realiza-se em segredo e tem o objetivo de alcançar uma decisão coletivamente argumentada, em muitos casos consensuais.³¹³ A opinião pública não tem acesso ao conteúdo das discussões empreendidas pelos ministros através dos meios de comunicação. Dessa forma, os juízes nos tribunais europeus são invisíveis para o público e na

³¹¹ FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. Tribunais constitucionais como instituições deliberativas. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 60

³¹² FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. "Constitutional Adjudication: Lessons From Europe." In: *Texas Law Review* 82 (2004): 1671-1704. p 1673.

³¹³ FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. Tribunais constitucionais como instituições deliberativas. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 59-60

maioria das vezes não têm identidades judiciais públicas.³¹⁴ Tal discricção estimula o desenvolvimento de uma cultura deliberativa pois permite o comprometimento e persuasão mútua entre os ministros, que não têm mais razão para se preocupar com sua estima frente ao público.³¹⁵ O modelo italiano de controle de constitucionalidade é representativo dessa cultura deliberativa interna. A resolução de uma única questão pode exigir dias de argumentação e persuasão uma vez que se deve chegar a uma opinião comum. Do pouco que se conhece dos métodos de deliberação, sabe-se que os membros dispõem de variadas técnicas de compromisso e acomodação.³¹⁶

Logo, para evitar a construção de personalidades públicas dos ministros no Brasil, a deliberação no STF, ao menos uma parte, deveria se dar em sigilo. Não se trata, aqui, de tão somente suspender a transmissão ao vivo das sessões de julgamento³¹⁷, tampouco de propor ao STF a adoção de uma performance inteiramente confidencial.³¹⁸ O próprio ordenamento italiano dispõe de princípios que desautorizam julgamentos exclusivamente secretos.³¹⁹

³¹⁴ Segundo os autores: “The result of these norms and practices is that the justices on the european courts are invisible to the public and most of the time do not have public judicial identities”. (FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. “Constitutional Adjudication: Lessons From Europe.” In: Texas Law Review 82 (2004): 1671-1704. pp.1694-1695).

³¹⁵ FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. “Constitutional Adjudication: Lessons From Europe.” In: Texas Law Review 82 (2004): 1671-1704. p. 1695

³¹⁶ FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. “Constitutional Adjudication: Lessons From Europe.” In: Texas Law Review 82 (2004): 1671-1704. p. 1693

³¹⁷ André Rufino Vale ressalta que “no contexto mais amplo da publicidade dos julgamentos, a suspensão das transmissões televisivas seria um mero paliativo, pois remanesceriam os demais veículos de divulgação das atividades do tribunal, como a Rádio Justiça, o Canal do STF no You Tube e a onipresente imprensa especializada. Se quisesse ser de fato coerente e responsável por todas as suas consequências, o discurso que defende a suspensão das transmissões dos julgamentos teria que também justificar, com os mesmos argumentos, a eliminação de todos os canais de divulgação em tempo real das deliberações plenárias. E observe-se que ainda assim poderia ser falacioso, pois a eventual suspensão de todos esses mecanismos de comunicação não impedirá que uma sala de sessões lotada de juristas, de profissionais da imprensa e do público em geral possa causar tanto impacto na postura deliberativa de cada ministro quanto as transmissões televisivas. Para uma teoria da argumentação jurídica, as influências externas nas interações argumentativas entre os juízes podem ter causas muito semelhantes entre si em se tratando do telespectador ou do público presente no Plenário. O problema então seria, no fundo, a publicidade dos julgamentos, em todos os seus aspectos, e não apenas as transmissões pela TV Justiça.” (VALE, André Rufino. Observatório constitucional. É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Conjur*. Publicado em 1 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf>. Acesso em 30 de outubro de 2016.)

³¹⁸ Nesse caso André Rufino Vale salienta que “nesse caso, poderia encontrar a barreira estabelecida pelo art. 93, IX, da Constituição. Mas se ainda assim o fizesse, não deveria deixar de considerar que mesmo nesses modelos secretos ou fechados os tribunais deliberam sob os olhares atentos da imprensa, que se utiliza de diversos mecanismos — em alguns casos não necessariamente legítimos — para obter informações sobre tudo o que se passa no interior do ambiente fechado das deliberações, e muitas vezes consegue saber de detalhes tão fidedignos quanto aqueles que poderiam ser alcançados nos sistemas que adotam a publicidade dos julgamentos, e que não raro podem exercer alguma influência na argumentação jurídica desenvolvida reservadamente entre os magistrados.” (VALE, André Rufino. Observatório constitucional. É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Conjur*. Publicado em 1 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf>. Acesso em 30 de outubro de 2016.)

³¹⁹ KLAFFKE, Guilherme Forma. Vícios no processo decisório do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob orientação do Professor Henrique Motta Pinto. São Paulo, 2010. p. 125

Importa, porém, reconhecer as vantagens à deliberação acaso da previsão de sessões preliminares secretas, o que não implica a supressão da possibilidade de publicação de voto dissidente em separado. Pelo contrário, pois tal publicação poderia até mesmo se dar no anonimato. De toda forma, se a combinação dessas práticas representaria considerável ganho qualitativo em termos de deliberação à Corte Constitucional brasileira, não é suficiente, pois outras práticas também contribuem para a incitação do personalismo no Supremo.

É o caso do procedimento dos votos-vista. Essa técnica permite a interrupção do julgamento de um caso por apenas um ministro. Há, aqui, uma exceção à regra segundo a qual todos os julgamentos devem se encerrar em uma única sessão. Virgílio atribui a essa prática uma completa ausência de disposição em trabalhar em equipe;³²⁰ há quem lhe atribua também a competência de manipulação da agenda do tribunal,³²¹ na medida em que o prazo para a recolocação do processo em pauta é excepcionado pela carga de trabalho excessiva dos ministros. Com efeito, é possível que um pedido de vista perdure por intervalos desarrazoados, transcendendo até mesmo a permanência no cargo de ministro que já apresentou voto, caso em que este ainda assim será computado. Além disso, também será computado voto de ministro que não participou da sessão de julgamento anterior ao pedido. Para Marinoni, “ao valer o voto de um julgador que não participa da integralidade do debate, seja por ter se afastado depois do pedido de vista, seja por ter ingressado no colegiado tão somente após, há um déficit na deliberação”.³²² Nas palavras do autor,

O pedido de vista quebra o desenvolvimento da discussão colegiada. É um resquício de uma Corte que privilegiava as decisões individuais em detrimento da discussão. A decisão colegiada supõe que os julgadores estejam preparados para discutir desde o início do julgamento. Aliás não tem qualquer sentido ter justificativas individuais escritas na medida em que o julgamento avança, quando se sabe que o voto pode ser modificado até a proclamação do resultado e que a fundamentação escrita deve ser utilizada para justificar os fundamentos majoritário, concorrente e dissidente, como definidos quando da proclamação do resultado.³²³

³²⁰ “If one bears in mind that justices may choose to interrupt the plenary session in almost every important judgment, one can only conclude that the disposition to work as a team, mentioned above as a condition for deliberation, is completely absent”. (SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 11, 2013. p. 557-584. p. 572).

³²¹ “Constantemente, o voto-vista é apontado não como mecanismo de deliberação, mas como instrumento para manipulação da agenda do tribunal ou, mesmo, ao contrário, como instrumento que dificulta a deliberação”. (RIBEIRO, Caio Gentil. *Voto-vista e deliberação no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob a orientação do Prof. Victor Marcel Pinheiro. São Paulo, 2011. p. 11).

³²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 108

³²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 106

Se, por um lado, a possibilidade de interromper a sessão supre eventual despreparo de um ministro a respeito de um caso ou remedia sua surpresa frente a determinado argumento, privilegia a formação individual de convencimento e argumentação dos ministros. Estes, aliás, além de permanecerem por períodos estapafúrdicos com os processos em seus gabinetes, raras vezes, ao recolocar o processo em pauta, apresentam votos capazes de dialogar com àqueles já apresentados pelos demais colegas. Guilherme Klafke pontua que, especialmente quando há relevante alteração no contexto no qual inserido o tema tratado no processo,

O decurso do tempo tem efeitos nefastos para um processo deliberativo que se pretenda verdadeiramente coletivo, i. e., que envolva troca de argumentos entre os ministros na tentativa de se construir um consenso e não apenas a apresentação de votos construídos individualmente nos gabinetes. De início, é digno de nota mencionar que há a possibilidade de que os próprios ministros acabem não se lembrando do processo.³²⁴

Assim, além do longo período entre a sessão inicial na qual há o pedido de vista e a reinserção em pauta do processo, a cultura personalista impelida regimentalmente resulta na redação de um voto apartado, caracterizado por longas citações doutrinárias e raramente pela referência aos votos outrora apresentados pelos demais colegas.³²⁵ Por isso o pedido de vista deve constituir exceção em todo e qualquer julgamento colegiado e principalmente nas Cortes Supremas, bem como imprescinde de justificação razoável que, caso ausente, deverá resultar no indeferimento do pedido pelo presidente do tribunal.³²⁶

Por fim, vale destacar que a ausência de debate se verifica ainda especialmente quando há julgamento liminar, caso em que os ministros basicamente fazem remissões à fundamentação dos votos já proferidos e não adentram um diálogo. Conrado Mendes critica a possibilidade de um ministro, individualmente, poder tomar decisões liminares capazes de consumir efeitos irreversíveis e por longo período – e não só. Como visto, um único ministro também pode travar a deliberação de um caso e desengavetá-lo à sua discricionariedade. Para ele, o STF é, hoje, refém dos caprichos de cada um dos seus ministros, operando, na maior

³²⁴ KLAFKE, Guilherme Forma. *Vícios no processo decisório do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob orientação do Professor Henrique Motta Pinto. São Paulo, 2010. p. 110

³²⁵ “Entretanto, há outros inconvenientes desse instrumento, especificamente quanto ao tipo de voto elaborado e proferido. Em geral, esses votos apresentam mais citações doutrinárias e menos referências às posições dos outros ministros”. (KLAFKE, Guilherme Forma. *Vícios no processo decisório do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob orientação do Professor Henrique Motta Pinto. São Paulo, 2010. p. 112).

³²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 108

parte do tempo, como um tribunal monocrático.³²⁷ No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva define a Corte Constitucional brasileira como “extremamente não cooperativa e individualista”,³²⁸ sendo, portanto, fundamental a reconsideração da dinâmica colegiada hoje corrente.

3.2. O déficit deliberativo do STF na fase pós-deliberativa e a necessidade de uma reforma cultural

O Supremo Tribunal Federal, na redação de suas decisões, adota uma variante do modelo *seriatim*. Há a disponibilização do acórdão, no qual consta o relatório do caso – resumo elaborado pelo relator –, a aglutinação dos votos individuais dos ministros – seja resultado da transcrição do áudio da sessão seja aquele disponibilizado pelos gabinetes em até 20 dias –, os eventuais debates realizados entre os julgadores entre si e aqueles entre eles e os advogados das partes – lembrando que aos ministros é facultada a exclusão injustificadamente de qualquer fragmento da conferência – e, por fim, o extrato da ata, constituído pelo resultado proclamado pelo presidente da Corte e o nome dos ministros e profissionais que da sessão participaram. Conta, ainda, com a redação da ementa, espécie de resumo da fundamentação com a indicação do resultado. Interessante observar que nenhuma parcela escrita é redigida coletivamente, mas por um único julgador.

Nas palavras de José Rodrigo Rodriguez, esse arranjo, que resulta em um documento “quase sempre longo, desorganizado e difícil de manusear, é um retrato fiel do processo decisório do STF em que vence o caso aquele que convencer individualmente mais juízes”.³²⁹ O fato de os ministros poderem retirar da versão final do acórdão trechos aleatórios de seus discursos contribui ainda mais para esse caos,³³⁰ exigindo dos operadores do direito e da

³²⁷ NONATO, Israel. Entrevista – Conrado Hübner Mendes: “O STF é refém do capricho de seus ministros”. *Os Constitucionalistas*. Publicado em 08/06/2016. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros>. Acesso em: 30 de outubro de 2016.

³²⁸ “The Brazilian Supreme Court is an extremely uncooperative and individualistic court”. (SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 11, 2013. p. 557-584. p. 578).

³²⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 83

³³⁰ “A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) – [...]. Daí, porque, quando eu disse, Ministro Celso, que, inicialmente, ao tratar desta Ação especificamente, eu me preocupei com isto, e fui estudar, então, como este sistema, no caso específico, previdenciário, se põe dentro de uma opção constituinte derivada que é essa, não de um dualismo, mas de uma integração dos sistemas. Por isso que considerei e votei no sentido que votei. O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É. Mas, Ministro, Vossa Excelência me permite mais uma última observação? [...]. O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Então, não podemos raciocinar, com todo o respeito, e sei que Vossa Excelência não o faz, com modelos alienígenas, sobretudo com o modelo norte-americano. O SENHOR MINISTRO CELSO DE

sociedade, em geral, exagerado esforço para a compreensão daquilo que é deliberado. Esse desarranjo também influencia a própria redação da ementa, que não raras vezes passa uma ideia incompleta ou ainda contrária àquilo que ficou definido pela maioria durante a sessão. A propósito, é recorrente que a síntese do resultado realizada por um julgador limite-se a exposição do seu ponto de vista.³³¹ Como já pontuado, tal resumo caberá ao relator (escolhido por sorteio) – quando compartilhar do resultado vencedor – ou àquele responsável pela apresentação do primeiro voto da corrente majoritária.³³² Além de conter a síntese da voz institucional da Corte, seria interessante que expusesse sucintamente os argumentos concorrentes e dissidentes.

Outro ponto que agrava o déficit deliberativo do Supremo Tribunal Federal na fase pós-decisional é o emprego de argumentos de autoridade. Tanto o uso dos precedentes quanto o da doutrina é realizado com o fim único de reforçar a opinião de quem os emprega.³³³ De um lado, utilizam-se citações doutrinárias de modo *ad hoc*, cujo valor se entende residir no prestígio daquele que as formulou, de modo meramente instrumental, isto é, com o fim de

MELLO: CANCELADO. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu disse, mas fiz as ressalvas. O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO. O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - (CANCELADO) O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade no 3.138. Relatora: Cármen Lúcia. Acórdão proferido em 14/09/2011).

³³¹ Em entrevista, Daniel Sarmiento lembra que “na decisão sobre a não recepção da Lei de Imprensa do regime militar, por exemplo, constou do acórdão, redigido pelo Ministro Ayres Britto, a proibição total de restrições prévias às matérias jornalísticas, inclusive as impostas por decisão judicial. Em sede de reclamação, interposta por um jornal que se insurgia contra decisão do TJ/SP que o impedira de publicar matéria sobre processo criminal envolvendo o filho do ex-Presidente Sarney, o STF afirmou que o que constava no acórdão não era a posição da Corte, mas só a opinião pessoal do relator, de caráter não vinculante. Aquela primeira decisão do STF, que afirmou a invalidade da Lei de Imprensa, teve uma dimensão simbólica extremamente positiva, ao sinalizar para a sociedade a centralidade da liberdade de expressão para a nossa democracia. Mas o processo decisório da Corte foi defeituoso, gerando incerteza e insegurança jurídica. Infelizmente, esta tem sido a regra e não a exceção”. (Conversas acadêmicas com Daniel Sarmiento. O STF não é o centro do constitucionalismo. *Os Constitucionalistas*. Publicado em 25/05/2014. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo>. Acesso em 30 de outubro de 2016).

³³² Na série de entrevistas realizadas por Virgílio, todos os ministros concordaram com a prática da troca de relator para a redação da ementa: “Por fim, um último aspecto relativo ao papel do relator diz respeito à figura do relator para o acórdão, quando o relator original tenha sido vencido. Nesse caso, sem qualquer exceção, todos os ministros defenderam a prática de troca de relator e não demonstraram ver nisso um sinal de um individualismo incompatível com a ideia de decisões proferidas pela instituição e não pelos seus ministros individualmente considerados”. (SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015. p. 197). Por fim, quando indagados sobre a figura do relator para o acórdão, os ministros não parecem ver nenhum problema na troca de relator quando o relator original fica vencido; pelo contrário, todos parecem assumir essa troca como uma necessidade incontornável. (*ibid*, p. 190).

³³³ Estudo empírico realizado pelo Núcleo de Pesquisas da SBDP constatou que a doutrina e os precedentes citados pelos ministros do STF ao longo de seus votos estruturam-se como tentativas de convencimento sobre o acerto da posição sustentada por seus prolores. Ou seja, têm o papel de sustentar o posicionamento ou argumento com o qual o ministro que os menciona concorda. (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagai de. (Coord). “Accountability” e jurisprudência do STF: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: sbdp/Malheiros, 2012. p. 89).

corroborar o resultado que se defende, e não a consistência do raciocínio em si. De outro, nas palavras de José Rodrigo Rodriguez, “diante de nossa tradição, não argumentativa, opinativa e personalista, a referência aos casos anteriores tende, ainda hoje, a ser feita apenas em função de seu resultado e não em função de seus fundamentos, ou seja, dos argumentos utilizados pelos juízes para justificar sua decisão”.³³⁴ Para o autor, esse padrão de racionalidade jurídica na elaboração das decisões reflete nossos processos de aprendizagem e de prática jurídicas.³³⁵

É certo que “os valores e a cultura de um povo podem e devem ser relacionados à racionalidade do direito e da administração da justiça”.³³⁶ O exercício “cordial” da atividade jurisdicional do Brasil é grande parte reflexo de valores culturais enraizados na sociedade brasileira, descrita por Sérgio Buarque de Holanda como essencialmente personalista e bajuladora, fundada numa lógica de troca de favores e no “jeitinho”.³³⁷ Esse perfil penetrou na administração da justiça contribuindo, por exemplo, para a formação de coalizões nos tribunais, quando então “passa a prevalecer a ética do tudo em favor do colega alinhado e, pior do que isso, a manipulação das decisões em favor daqueles – inclusive dos governos e das pessoas e corporações ligadas ao poder político – que detêm relações com os que ocupam os cargos.”³³⁸ Menospreza-se, pois, o fim institucional da jurisdição, fazendo com que prevaleçam as vontades individuais, “como se para o alcance do fim da instituição bastasse o exercício das funções de cada um, ou seja, como se não importasse a ordenação das várias vontades e funções para o atingimento dos escopos institucionais”.³³⁹

O desprezo a uma racionalidade na fundamentação também se relaciona com a função atribuída pelo *civil law* aos tribunais de vértice originalmente. Entendia-se estarem os

³³⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 15

³³⁵ CHAVES, Matheus Kudlaviec. *Decisão e deliberação no Supremo Tribunal Federal: análise do processo decisório do STF a partir de acórdãos sobre direito previdenciário*. 2015. 70 p. Monografia (graduação) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito. p. 25

³³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. Justificativa do novo CPC. 1 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 42

³³⁷ BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, [1936] 1995.

³³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. Justificativa do novo CPC. 1 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 85. Também nesse sentido, pontua André Rufino do Vale que “com o tempo, podem ser formados grupos de magistrados – reunidos por afinidades políticas, ideológicas, doutrinárias, etc. – cuja finalidade é a conquista da maioria de votos nas sessões de julgamento. A construção de um posicionamento único, que deveria ocorrer argumentativamente no âmbito do colegiado como um todo, pode acabar sendo desenvolvida por acordos políticos no interior desses grupos parciais. Esse sistema pode afetar a própria fundamentação dos votos, a posteriori construídos com argumentos que possam justificar a posição já firmada pelo grupo. O aperfeiçoamento das estratégias de votação construídas pelos distintos grupos pode dar ensejo, inclusive, a técnicas maliciosas, tais como a obstrução de julgamentos, construção artificial de quóruns (...)” (VALE, André Rufino do. *A deliberação no Supremo Tribunal Federal: ensaio sobre alguns problemas e perspectivas de análise teórica*. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 335).

³³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. Justificativa do novo CPC. 1 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 90

tribunais superiores limitados à aplicação da lei, isto é, à revelação de seu sentido intrínseco. Nesse contexto, era de pouca importância a fundamentação desenvolvida pelo ministros uma vez que limitada à ligação entre os fatos e o texto legal. O valor da sentença, portanto, residia no dispositivo, apenas responsável pela concretização da lei.³⁴⁰ Consequentemente, a suposição de que a lei seria suficiente para a garantia da segurança e da certeza jurídicas estruturou um sistema no qual não se presta respeito aos precedentes e se ignora a tutela da igualdade.³⁴¹

Para Daniel Mitidiero, a limitação da cognição da Corte às questões de direito e a limitação da importância da decisão à parte dispositiva implicam a neutralização das questões de fato e da fundamentação, o que repercute “tanto na tendência à compreensão da jurisprudência à luz tão somente do resultado do julgamento da causa como na sua condensação em enunciados abstratos redigidos sem qualquer alusão ao contexto fático que deu lugar a solução da causa”.³⁴²

Todavia, com o impacto do constitucionalismo, a evolução da teoria da interpretação, a introdução da técnica das cláusulas gerais e a dissociação teórica entre texto legal e norma, a separação entre os sistemas contemporâneos do *civil law* e do *common law* encontra-se diluída e a função dos juízes tanto em um como em outro, aproximada. Assumem importância os fatos no *civil law*, sobretudo em razão da superação da ideia de subordinação do juiz à lei e ao reconhecimento da necessária interação entre fatos e normas jurídicas. Assim, passa-se a se reconhecer também no *civil law* a imprescindibilidade do respeito aos precedentes não apenas para a garantia da unidade na aplicação da lei, mas para a própria salvaguarda da igualdade.³⁴³

³⁴⁰ “No civil law, ao contrário, cabendo aos tribunais apenas aplicar a lei, pouca importância se teria de dar à fundamentação, já que esta faria apenas a ligação entre os fatos e a norma legal voltada a regular a situação litigiosa. A fundamentação, assim, seria mera explicação lógica. Uma vez que a decisão deveria apenas dar atuação à lei, não haveria motivo para buscar na fundamentação o significado da decisão. A decisão que se limita a aplicar a lei não tem nada que possa interessar a outros, que não sejam os litigantes. É por este motivo que, no civil law, o que sempre preocupou foi o dispositivo da sentença, que aplica a lei, dando-lhe concretude. Não é por outra razão que, quando se pensa em segurança dos atos jurisdicionais, alude-se somente à coisa julgada e, especialmente, à sua função de tornar imutável e indiscutível a parte dispositiva da sentença”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. Cap. 3 p. 10).

³⁴¹ “A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria à tradição de civil law, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. Frise-se que esta tradição insistiu na tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança seria garantida mediante a certeza advinda da subordinação do juiz à lei. Contudo, é interessante perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no civil law e no common law. No common law fundamentou o *stare decisis*, enquanto no civil law foi utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. Cap. 1 p. 42).

³⁴² MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 48

³⁴³ “O sistema de precedentes obrigatórios, no *civil law*, deriva da dissociação teórica entre texto legal e norma jurídica, da evolução da teoria da interpretação e do impacto do constitucionalismo, sendo necessário não para garantir unidade na aplicação da lei, mas para propiciar a *igualdade* de todos perante o *Direito* que o Judiciário

No Brasil, especificamente, no entanto, difunde-se a ideia distorcida de que os juízes para exercer sua autonomia e independência funcional devem ter a prerrogativa de decidir de acordo com sua convicção. Isso reflete um “mal entendido”³⁴⁴ proveniente da ausência de consciência institucional presente não apenas dentro da Corte Suprema brasileira, como em todo sistema jurisdicional ordinário.³⁴⁵ Apesar de um caso conflitivo poder ser resolvido através do desempenho de um único juiz, este se insere em uma estrutura institucional cuja missão é o desenvolvimento racional, previsível e isonômico da justiça.³⁴⁶ Nas palavras de Marinoni, “tudo isso é reflexo do personalismo e, em alguns casos, desejo de manipular os casos de acordo com interesses locais, a evidenciar a presença do velho patrimonialismo, na tentativa de disfarçar o interesse de privilegiar sob a desculpa de liberdade para decidir”.³⁴⁷ Nesse contexto, não bastam alterações legislativas a prescrever o respeito aos precedentes das Cortes Supremas caso não haja concomitantemente uma reforma cultural.³⁴⁸

Pressupõe-se a consciência de que em um cenário no qual coexistem os controles concentrado e difuso de constitucionalidade, a Corte deve ter a última palavra não apenas por uma questão técnica – ainda que “ótima à eficiência da distribuição da justiça”³⁴⁹ – mas para a própria viabilidade do controle difuso e em razão da própria função atribuída à Corte Suprema

tem a obrigação de produzir ao lado do Legislativo”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 57).

³⁴⁴ “Trata-se de mal entendido, decorrente da falta de compreensão de que a decisão é o resultado de um sistema, e não algo construído de forma individualizada por um sujeito que pode fazer valer a sua vontade sobre o próprio sistema de que faz parte. Imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter aos precedentes das Cortes Supremas é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e, mais do que isso, que este sistema não serve a ele, porém ao cidadão”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. Cap. 1. p. 23).

³⁴⁵ “Assim, a distorção está em pensar em “juiz” sujeito a um “juiz superior” e não em jurisdição (una) que atua mediante Juízos de primeiro grau, Tribunais e Supremas Cortes”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 125).

³⁴⁶ “É certo que um caso conflitivo pode ser resolvido mediante a participação de um único juiz. Porém, a jurisdição não objetiva tutelar conflitos de maneira acidental e episódica – para o que bastaria a distribuição do poder entre vários juízes destituídos de qualquer compromisso com a instituição –, mas tem o dever de tutelar os casos de forma coerente e isonômica, sem ferir a previsibilidade, para o que é imprescindível a racionalidade na distribuição da justiça e, assim, ordenação na estrutura da instituição. Sem qualquer dúvida, a hierarquia é algo inerente à realização dos fins de uma instituição composta por várias ‘vontades’”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. Cap. 1. P. 23).

³⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. Cap. 1. P. 23.

³⁴⁸ Nas palavras de Daniel Mitidiero: “O problema da identificação do precedente e de sua aplicação não é, portanto, um problema essencialmente legislativo. É claro que uma legislação apropriada a respeito poderia prestar grande colaboração para adequada operação do sistema. Sem, contudo, uma reforma cultural- sem duvida muito mais profunda e custosa do que qualquer outra-difícilmente se poderá contar com um processo civil efetivamente capaz de prestar tutela aos direitos levando em consideração as exigências que ressaem do trabalho com precedentes.” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 112)

³⁴⁹ “O controle difuso exige que os precedentes da Corte que dá a última palavra acerca da questão constitucional sejam obrigatórios. Não se trata de mera opção técnica, ainda que ótima à eficiência da distribuição da justiça, mas de algo que, quando ausente, impede o próprio funcionamento do controle difuso.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. Cap. 4 p. 11)

pela Constituição de promover a adequada interpretação da lei visando à unidade do direito e à promoção da igualdade. Ao prestar deferência a um precedente, o juiz ordinário não renuncia a sua independência ou autonomia, tão somente respeita o fato de fazer parte de uma estrutura institucional uma que deve, necessariamente, ser coerente e tratar a todos de forma justa e igual.³⁵⁰ Nesse ponto,

(...) um sistema que admite o controle difuso de constitucionalidade não pode deixar os juízes e tribunais ordinários desrespeitarem os precedentes constitucionais da Corte Suprema. Se não for assim haverá incoerência interna, irracionalidade e estímulo ao caos. Na verdade, o direito brasileiro, ao admitir o controle difuso de constitucionalidade – típico do direito estadunidense –, tornou-se incompatível com a sua prática jurídica, em que os tribunais ordinários não se curvaram à autoridade dos precedentes constitucionais.³⁵¹

Para tanto, os ministros do STF devem se preocupar, na redação do acórdão, não apenas com a proclamação do resultado do recurso, mas com o desenvolvimento de todos os fundamentos discutidos, de modo claro e coeso. O redator deve justificá-los de modo completo e, sobretudo, consciente de sua missão institucional. Vale dizer, não pode reproduzir seu voto e seus argumentos, mas aqueles aos quais a Corte chegou a um consenso ou a maioria, a um acordo. Uma vez que não se exige consenso e se permite a publicação ao público das dissidências, sugere-se a redação de escritos a justificar a *ratio*, o fundamento ou fundamentos concorrentes e o fundamento dissidente, pelos ministros responsáveis por proferir o primeiro voto de cada um dos fundamentos. Além disso, o projeto de voto deveria circular entre os demais julgadores para que possam opinar a respeito do modo pelo qual a deliberação será expressa.³⁵²

No entanto, conforme observa Virgílio,

³⁵⁰ “O ponto tem grande relevância: tem o valor de demonstrar, àqueles que pensam que o respeito aos precedentes minimiza a figura do juiz ordinário, que o poder do juiz não depende da circunstância de ele estar livre para decidir, mas sim de ele fazer parte de um poder que se respeita, que é respeitado e que se faz respeitar”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. Cap. 2 p. 18). O autor ressalta que “essa forma de pensar esquece que liberdade para formar juízo acerca dos argumentos das partes e das provas não se confunde com liberdade para dizer o que o texto legal significa nem, muito menos, se dá conta de que a liberdade de convicção, indispensável para garantir a independência e a imparcialidade do juiz, obviamente não pode pretender dar ao juiz a possibilidade de atribuir à lei significado diferente daquele que lhe atribuiu a Corte Suprema a quem é constitucionalmente conferida a função de definir o sentido do direito”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. Justificativa do novo CPC. 1 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. pp. 105-106)

³⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. Justificativa do novo CPC. 1 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. pp. 55-56

³⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 136

(...) o Supremo Tribunal Federal decide da mesma forma que decidem a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, por meio de uma espécie de “placar final”. Ora, mas se o que legitima a possibilidade de controle judicial de constitucionalidade é justamente a deliberação e a busca por uma razão pública, não faz sentido que a forma de decisão do STF seja igual àquela dos poderes políticos. Não faz sentido que os argumentos não tenham nenhuma importância — e, na prática atual do STF, eles muitas vezes não têm, já que os ministros decidem isoladamente, antes de ouvir os argumentos de seus colegas.³⁵³

A fragmentariedade pela qual o acórdão disponibilizado pelo tribunal é caracterizado revela a ausência de uma racionalidade comum, o que impossibilita a extração de uma *ratio decidendi*. É certo que não obstante ser a missão de uma Corte Suprema o desenvolvimento do direito e a afirmação da igualdade através da formação de precedentes, é razoável e aceitável o fato de que de nem todas as suas decisões será possível extrair fundamentos determinantes orientadores dos casos futuros. Não é esse o caso. No tribunal de vértice brasileiro, a regra é a impossibilidade de extração de uma fundamentação em nome da Corte, na medida em que seu processo decisório não apenas permite como estimula os ministros a formar seu entendimento individualmente e assim o transcrever à esfera pública.

Rodriguez denomina nossa jurisdição de “opinativa”. Segundo ele, não há a redação de uma decisão oficial da Corte,³⁵⁴ o que faz com que a padronização das decisões se dê por meio de emendas e enunciados abstratos — e não precedentes.³⁵⁵ Por outro lado, destaca que a insignificância da fundamentação pode contribuir para amenizar o peso político da decisão, permitindo a ininterrupta discussão do tema pela sociedade civil.³⁵⁶ De todo modo, é certo que a resolução dos processos por meio do ajuntamento de decisões individuais, em detrimento da resolução do recurso por meio da fundamentação das mesmas questões de direito, obsta o desenvolvimento do direito. A estruturação, em cada decisão individual, de diferentes teses jurídicas a respeito de diferentes questões, dificulta a identificação das razões de decidir da instituição. Se os precedentes nada mais são do que os motivos essenciais, quando precária a discussão e inexistente uma maioria em relação aos fundamentos determinantes, não há precedente e tampouco voz institucional da Corte. Ora, obviamente os fundamentos minoritários não podem ser ajuntados para fazer valer a Constituição.

³⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de direito Administrativo*, v. 250, 2009. p. 216

³⁵⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 63

³⁵⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 23

³⁵⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 110

Nos Estados Unidos, aliás, aqueles que endossam a disposição da minoria são excluídos do processo de redação das razões do tribunal, ainda que sejam livres para publicar votos concorrentes e dissidentes. Isso representa – para aqueles que querem ter influência na determinação do direito – certo incentivo para a modificação do seu entendimento, especialmente no caso do *Chief Justice* que, em votando com a maioria, tem a competência de indicar aquele que redigirá a decisão.³⁵⁷ Este deverá fornecer razões aceitáveis, à maioria da Corte. Quando esta, porém, for superior à metade dos membros, bastará o consenso de um subconjunto dos membros.³⁵⁸

Nesse caso, como a *Supreme Court* se expressa através de *joint opinions* (“pareceres conjuntos”), os *justices* não podem simplesmente proclamar seus pontos de vista sem ponderar os demais, caso contrário, não será possível o alcance de uma opinião do tribunal.³⁵⁹ Tal ponderação pressupõe a ideia de acomodação, responsável pelo aprimoramento da *opinion* final do tribunal. Para tanto, sugestões de alterações da redação são enviadas acompanhadas de uma proposta de aceitação e aderência à composição nos termos sugeridos. Caso não haja conciliação, serão publicados votos dissidentes e concorrentes.³⁶⁰ Friedman pontua que uma vez que o resultado final da deliberação da Corte é um texto, é racional que essa troca de argumentas ocorra por escrito.³⁶¹ No entanto, pesquisas empíricas apontadas

³⁵⁷ “An endorsement of the disposition that receives a minority of votes excludes the judge from the process of consensus that produces the court’s reasons for the judgment. This exclusion generates an incentive for any judge who wants influence over the law to misrepresent her view of the disposition. This incentive is particularly strong for the Chief Justice who, should she vote in the dispositional majority, would, as the ex officio most senior justice in that majority, designate the writer of the majority opinion and thus have great influence over the content of the majority opinion”. (KORNHAUSER, Lewis. Deciding together. Journal of Institutional Studies 1. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015. pp. 56-57).

³⁵⁸ “The author of the majority opinion must provide reasons acceptable to a majority of the court. When the dispositional majority exceeds half the court, the author needs ‘consensus’ from only a subset of the members of the dispositional majority”. (KORNHAUSER, Lewis. Deciding together. Journal of Institutional Studies 1. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015. p. 57).

³⁵⁹ “Given that the Court today speaks through joint opinions, as a practical matter Justices cannot simply adhere to their views without taking account of others.’ If they did, there might never be an opinion for the Court”. (FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. Texas Law Review, 84, 2, 2005. pp. 284-285).

³⁶⁰ “These documents sometimes form the basis for published dissenting or concurring opinions: the possibility that they might later be published in this form motivates the Justices to compromise and to adjust their views. Moreover, in the United States, there is a specialized press whose task it is to watch and expose the inner workings of the Court. So, one way or another, internal court processes are penetrated by outsiders and by the omnipresence of an audience, or perhaps multiple audiences”. (FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. “Constitutional Adjudication: Lessons From Europe.” In: Texas Law Review 82 (2004): 1671-1704. p. 1699)

³⁶¹ “The idea of ‘accommodation’ might present a better descriptive model for the Supreme Court’s collegial interaction. In the world of legal practice it is quite common to circulate drafts of documents and receive recommended language changes in return. Depending upon whom the players are, the comments may be intended as mere ‘suggestions’ or commands, but the overall point truly is to ‘improve’ the meaning of the text by eliminating uncertainty, dodging thorny problems, and offering greater clarity. No doubt there are agendas aplenty in any such group-drafting effort, but the project is a collegial one, the suggestions are often just that, and improvement-defined in various ways, some tactical and some more objective-is the goal. Moreover, doing this on paper (rather than person to person) makes sense, because the end result is, after all, a text”. (FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. Texas Law Review, 84, 2, 2005. p. 287).

pelo autor revelam que os *justices* frequentemente aderem a opiniões na forma originalmente redigida, especialmente quando elaboradas por seus coligados ideológicos, e que a alteração da redação inicial é, na verdade, eventual.³⁶²

No Brasil, além de não haver propriamente um diálogo entre os votos individuais dos ministros tampouco um momento posterior à sessão para a acomodação dos pontos de vista, pontos irrelevantes são muitas vezes tratados, representando um excesso de argumentação de difícil compreensão e pouca utilidade. Conforme salienta Marinoni, “este tipo de *obiter dictum* certamente não tem o mesmo significado da *obiter dictum* que trata de maneira aprofundada de ponto de direito relacionado ao caso”.³⁶³ Com efeito, por certo a decisão colegiada nem sempre é melhor que a individual; assim o será apenas se houver espaço efetivo para deliberação, em detrimento de dinâmicas silenciadoras e personalistas.

Isso não significa que a diversidade de opiniões seja desfavorável. Pelo contrário. As vantagens proporcionadas pela heterogeneidade já ficaram claras no capítulo 2. No entanto, certamente a autorização a todos os membros da Corte de proferir um voto integral, ainda que concordando com os fundamentos e o resultado a que chegou outro colega, não é razoável. Tal disposição favorece o não comprometimento dos ministros com a linha de raciocínio dos demais e desestimula a busca pelo consenso através da acomodação.³⁶⁴

Em estudo empírico, Guilherme Klafke e Bruna Pretzel constataram que os casos nos quais há mais apresentação de votos escritos são aqueles em que há maior divergência entre os ministros. Nessa medida, ainda que possível a apresentação de votos individuais em qualquer hipótese, os pesquisadores concluem que em havendo concordância quanto ao resultado há menos votos publicados em separado. No entanto, esse estudo quantitativo não faz distinção entre casos corriqueiros e aqueles em que há grande controvérsia moral e, consequentemente, repercussão social, nos quais há forte tendência de apresentação de votos – convergentes, divergentes ou concorrentes – por grande parte dos ministros, que, como visto

³⁶² “Justices respond to draft opinions, typically by forwarding suggestions as to language changes and offering to join if those changes are made. But empirical studies demonstrate that Justices frequently simply join opinions as written, that they do so most quickly with their ideological allies, and that though there is some vote-changing between the initial conference vote and the case outcome, it is not a frequent occurrence”. (FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. Texas Law Review, 84, 2, 2005. pp. 285-286).

³⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. Cap. 3 p. 12

³⁶⁴ “A possibilidade de conceber uma fundamentação própria faz com que os ministros não se preocupem em manter a linha de raciocínio dos votos anteriores”. (KLAFKE, Guilherme. *Vícios no processo decisório do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob orientação do Professor Henrique Motta Pinto. São Paulo, 2010. p. 117).

no tópico anterior, fazem-no, muitas vezes, preocupados com sua auto-imagem e vaidade, por meio de linguagem erudita e votos prolixos.³⁶⁵

Além disso, é difícil a atribuição de sentido aos votos apenas registrados em ata. Estariam, nesses casos, os ministros concordando apenas com o resultado do voto ao qual aderem ou também à fundamentação? Os autores pontuam que não obstante a opinião comum sustentar que tais votos seguem a fundamentação exposta pelo relator ou ministro que conduz a corrente na qual se inserem, eles constituiriam votos neutros, em termos de carga argumentativa, visto que não acrescentam ou refutam quaisquer fundamentos, apesar de influenciarem a decisão final.³⁶⁶

De toda forma, a alta representatividade de votos registrado em ata denunciam que boa parte das decisões do plenário do STF é justificada em votos redigidos individual e previamente à reunião dos ministros.³⁶⁷ Em claro contraste com a Suprema Corte dos Estados Unidos, a estruturação do acórdão no Brasil não se dá coletivamente. Verifica-se a ausência de mecanismos institucionais e de uma ética colegiada na redação do acórdão e da ementa do

³⁶⁵ Conrado Mendes aduz que o STF se manifesta como “onze ilhas”, visto que suas decisões colegiadas limitam-se à soma de votos individuais e desconexos, caracterizando uma “concha de retalhos”. Reconhece que, estatisticamente, a maior parte das decisões colegiadas é composta de decisões unânimes, nas quais se segue o voto do relator (aparentemente, o contrário das “onze ilhas”). No entanto, destaca que em se tratando de caso controverso e de maior exposição pública do Plenário, a regra é o modelo fragmentado. “Praticamente, nenhum ministro do STF resiste à tentação de se expressar com sua própria voz quando está sob os holofotes, mesmo se concorda com a linha de outro voto, ou se o que tem a dizer for, no limite, redundante. Ninguém abre mão da vaidade autoral, nem quando isso teria potencial para estimular uma Corte melhor, que toma decisões melhores. Quando o STF está sob os holofotes, ninguém abre mão de seu “momentum televisivo”. Há estudos que mostram que a exposição pública inibe membros de órgãos decisórios colegiados a entrarem numa deliberação, a buscarem uma decisão conjunta, a se permitirem mudar de ideia. A falta de um encontro privado entre juízes do STF estimula um perverso autoengano: faz parecer que o Tribunal é muito transparente e ignora que a maioria das decisões finais são a soma de votos individuais produzidos na privacidade de cada gabinete, que não passam por maiores testes deliberativos do colegiado. São, em outras palavras, decisões obscurantistas tomadas sob a aparência de transparência e publicidade. É claro que a TV Justiça não é o único fator a gerar essa patologia, não podemos embarcar num determinismo mecânico. Mas é difícil defender que essa variável não tem nada a ver com a história da crescente prolixidade e dispersão das decisões do colegiado do Supremo Tribunal Federal”. (NONATO, Israel. Entrevista – Conrado Hübner Mendes: “O STF é refém do capricho de seus ministros”. *Os Constitucionalistas*. Publicado em 08/06/2016. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros>. Acesso em: 30 de outubro de 2016).

³⁶⁶ KLAFKE, Guilherme Forma e PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. In: *Revista de Estudos Empíricos em Direito Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1, n. 1, jan 2014, p. 89-104. pp. 93-94

³⁶⁷ “Isso demonstra que há uma forte tendência de ministros da corrente vencedora juntarem declaração de voto ao acórdão em votações mais acirradas. Ou seja, os dados permitem a suposição de que os casos que mais dividem o STF são aqueles em que os ministros sentem-se mais compelidos a apresentar votos escritos. Comparativamente, a dispersão é muito menor (12% dos acórdãos) quando os onze ministros tomam uma decisão unânime”. (KLAFKE, Guilherme Forma e PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. In: *Revista de Estudos Empíricos em Direito Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1, n. 1, jan 2014, p. 89-104. p. 100).

juízo, pois nem sempre são consideradas as preferências dos demais colegas para a elaboração dos seus conteúdos, forma e linguagem.³⁶⁸

Some-se a isso o fato de as opiniões minoritárias, longe de representarem opiniões divergentes, caracterizarem-se tão somente como “perdedoras” ou “derrotadas”, uma vez que não desafiam a opinião da Corte e, portanto, não contribuem para o aprimoramento dos argumentos dos demais e tampouco para o desenvolvimento do direito. Aliás, a própria dinâmica regimental do tribunal impede que de outra forma isso se desenvolva, visto que os ministros formam sua convicção e redigem seus votos individual e separadamente. Em outras palavras, na medida em que não há ainda uma opinião “da Corte” quando da formulação por um ministro de seu voto dissidente, nem se quisesse poderia redigir contra-argumentos àquela para com ela dialogar.³⁶⁹ Nessa perspectiva, Virgílio distingue os conceitos de voto divergente – “caracterizado não apenas por não seguir a decisão majoritária, mas também por apontar eventuais problemas nessa decisão vencedora, por tentar estabelecer um diálogo com ela”³⁷⁰ – e voto vencido, que sem dialogar com a opinião majoritária apenas se opõe ao seu resultado.³⁷¹

É interessante observar a visão que os ministros do STF têm acerca dos votos divergentes a partir da sequência de entrevistas realizadas por Virgílio. Todos os entrevistados valoraram positivamente a possibilidade de apresentação e de publicação de divergências e destacaram, na maioria, que o alto número de votos publicados em separado decorre, basicamente, da ausência de diálogo prévio à redação dos votos e ao excesso de trabalho.³⁷² Isso porque, segundo eles, divergir não pressupõe, necessariamente, notável disposição de

³⁶⁸ “Dessa forma, em claro contraste com o que ocorre na Suprema Corte dos EUA, na qual se espera que o voto vencedor seja uma construção a mais coletiva possível, não parece haver mecanismos institucionais para que os Relatores levem em conta as preferências de seus colegas ao escolher as palavras e formulações exatas que colocarão no voto vencedor e na ementa”. (ARGUELHES, Diego Werneck e RIBEIRO, Molhano Leandro. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. In: *Revista Direito e Práxis*. Vol. 4, n. 7, 2013, pp. 85-121. p. 109).

³⁶⁹ “However, as it has already been stressed several times, the justices in the Brazilian Supreme Court write their individual opinions at the same time (and read them one after another in public plenary sessions). Therefore, just as there is no real (oral) deliberation, there is no dialogue, no exchange of arguments among the written opinions. In other words, in a 6 to 5 decision, the written opinions of the five justices who do not share the opinion of the majority are not dissenting opinions, at least not in the sense that this term is used in the debate on judicial decision-making. They are merely defeated opinions. As defeated opinions, they do not challenge the opinion of the court, since at the time they were written there was no opinion of the court yet”. (SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 11, 2013. p. 557-584. p. 583)

³⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal. In: *Direito, Estado e Sociedade* n. 47 p. 205 a 225 jul/dez 2015. p. 217.

³⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal. In: *Direito, Estado e Sociedade* n. 47 p. 205 a 225 jul/dez 2015. p. 217.

³⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal. In: *Direito, Estado e Sociedade* n. 47 p. 205 a 225 jul/dez 2015. p. 212.

tempo e energia.³⁷³ Ora, isso revela a ética que perpassa a Corte, segundo a qual é mais conveniente e cômodo divergir do que se empenhar para chegar a um consenso. Esse tipo de pensamento, por óbvio, aplica-se tão somente em casos nos quais o dissenso se limita à marcar posição,³⁷⁴ sem o intuito de persuadir os demais, estimular a alteração futura da posição do dominante ou contemplar a diversidade, curiosamente, pontos apontados pelos ministros como méritos da oportunidade de divergir.

Tendo isso em vista, é possível que o número de divergências esteja relacionado com o nível de promoção de debate antes de se chegar a uma decisão.³⁷⁵ Enquanto no Brasil não se estimula uma mútua persuasão preliminar à formação da convicção dos ministros e, sobretudo nos casos controvertidos, há significativa variedade de fundamentações, na maioria dos tribunais europeus almeja-se a unanimidade e, por isso, são impostas fortes restrições internas à exibição de discordância. Via de regra, não há a publicação de opiniões divergentes em separado. Talvez por isso juízes europeus não desenvolvam personalidades públicas. Evita-se, dessa forma, esse tipo de politização típica das cortes norte-americana e brasileira.³⁷⁶ Apesar de na Alemanha ter sido permitida a publicação de dissensos, isso só ocorreu após 20 anos de funcionamento da Corte.³⁷⁷ Em contrapartida, na Itália, foi recusada até mesmo a proposta de se permitir a publicação de dissensos anônimos, o que evitaria a formação de personalidades públicas judiciais, sob o pretexto de que encorajaria uma visão muito pluralista da constituição.³⁷⁸

No entanto, vale destacar algumas particularidades geralmente constatadas nas Cortes Europeias. Primeiro, os ministros não são apontados inteiramente, mas por períodos longos e fixos (de 9 a 12 anos) não renováveis. Segundo, as cortes constitucionais europeias têm o monopólio do controle de constitucionalidade: as cortes ordinárias não podem tratar da constitucionalidade de leis, nem examinar a compatibilidade constitucional de outras ações políticas. Em terceiro lugar, as questões chegam às Cortes Constitucionais europeias normalmente em petições, não havendo espaço para debate oral. Em quarto lugar, as cortes

³⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal. In: *Direito, Estado e Sociedade* n. 47 p. 205 a 225 jul/dez 2015. p. 222

³⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal. In: *Direito, Estado e Sociedade* n. 47 p. 205 a 225 jul/dez 2015. p. 223

³⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal. In: *Direito, Estado e Sociedade* n. 47 p. 205 a 225 jul/dez 2015. p. 211.

³⁷⁶ FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. Constitutional Adjudication: Lessons From Europe. In: *Texas Law Review* 82 (2004): 1671-1704. pp. 1672-1673

³⁷⁷ FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. Constitutional Adjudication: Lessons From Europe. In: *Texas Law Review* 82 (2004): 1671-1704. p 1699

³⁷⁸ FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. Constitutional Adjudication: Lessons From Europe. In: *Texas Law Review* 82 (2004): 1671-1704. p 1696

deliberam internamente em reuniões fechadas e secretas e ora exigem ora encorajam o alcance de uma decisão consensual única, em nome de toda a Corte.³⁷⁹

Em quinto lugar, os ministros das cortes constitucionais europeias não são apontados apenas dentre juízes, mas também de uma vasta gama de profissionais do direito, como advogados e professores. Em sexto lugar, tais nomeações são feitas basicamente por meio de processos supermajoritários, o que exige a aprovação dos principais partidos. Por fim, as Cortes decidem, principalmente, questões, e não casos.³⁸⁰ Possivelmente, as Cortes constitucionais europeias primam mais pela deliberação interna por serem compostas ideologicamente por membros menos polarizados, mais moderados politicamente, portanto. Logo, importa reconsiderar a forma de indicação dos juízes. Na Europa, as indicações exigem supermaiorias e, via de regra, os juízes na Corte permanecem por tempo determinado, não renovável.³⁸¹

Já o sistema constitucional norte-americano de controle de constitucionalidade combina um constituição rígida com uma Corte composta por maiorias políticas simples, o que enseja transformar a busca pela melhor interpretação da Constituição em disputas políticas sobre a composição da Corte.³⁸² Via regra, os ministros da Suprema Corte são apontados entre magistrados de carreira, bastando a maioria do Senado.³⁸³ Por sua vez, no Brasil, os ministros do Supremo são escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101 da CF/88), a partir de nomeação pelo Presidente da República e aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.³⁸⁴

De toda forma, não é razoável a simples exportação de modelos externos a um contexto diverso, ignorando-se particularidades históricas e culturais. No caso europeu, as cortes constitucionais são, essencialmente, decorrência de um fenômeno pós-autoritário.³⁸⁵

³⁷⁹ FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. Constitutional Adjudication: Lessons From Europe. In: *Texas Law Review* 82 (2004): 1671-1704. p 1677

³⁸⁰ FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. Constitutional Adjudication: Lessons From Europe. In: *Texas Law Review* 82 (2004): 1671-1704. p 1678

³⁸¹ FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. Constitutional Adjudication: Lessons From Europe. In: *Texas Law Review* 82 (2004): 1671-1704. p 1702

³⁸² FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. "Constitutional Adjudication: Lessons From Europe." In: *Texas Law Review* 82 (2004): 1671-1704. p 1700.

³⁸³ FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. "Constitutional Adjudication: Lessons From Europe." In: *Texas Law Review* 82 (2004): 1671-1704. p 1669.

³⁸⁴ A forma pela qual os ministros de uma Suprema Corte são indicados e o período de tempo durante o qual permanecem no cargo sem dúvida interferem no modo como a deliberação colegiada se desenvolve. No entanto, tal análise não constitui objeto de estudo desse trabalho, na medida em que se insere primordialmente na fase pré-decisional.

³⁸⁵ FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. Constitutional Adjudication: Lessons From Europe. In: *Texas Law Review* 82 (2004): 1671-1704. p. 1674

Por outro lado, a adoção da constituição nos Estados Unidos remonta a um contexto de consolidação do governo nacional e do judiciário no ápice do funcionamento das entidades republicanas.³⁸⁶ No Brasil, a promulgação da Constituição de 1988 deu-se num contexto de reabertura política e necessidade de proteção de direitos fundamentais, visto que subsequente a um período de ditadura militar. Desse modo, foram ampliadas as prerrogativas e a independência do Supremo Tribunal Federal para a guarda da Constituição.

No entanto,

A prática judiciária brasileira revela que, não obstante se parta da premissa de que decidir não é simplesmente revelar a norma contida no texto legal, ainda não se transformou o ato de fundamentar numa atividade de argumentar racionalmente para justificar as opções decisórias – inclusive a decisão final – tomadas no curso do raciocínio decisório. Vale dizer que, se o juiz tem poder para extrair o direito do texto legal mediante a interpretação, é preciso ainda caminhar para que o direito se torne prática argumentativa e, nessa dimensão, tenha racionalidade e legitimidade.³⁸⁷

Assim, os déficits deliberativos identificados resultam não apenas de variáveis institucionais, mas também culturais. Se, por um lado, vícios como a previsão de uma sessão única de julgamento, a transmissão ao vivo das sessões e o desestímulo à acomodação dos pontos de vista para a redação de um voto em nome da Corte decorrem, basicamente, das disposições institucionais do Regimento Interno do tribunal, por outro, obstáculos causados pela deturpação do voto-vista, a improdutividade dos debates e a fundamentação das decisões através de argumentos de autoridade relacionam-se a uma mentalidade individualista.³⁸⁸

Em assim sendo, apesar de se reconhecer os aprimoramentos redacionais e as novas perspectivas lançadas pelo novo Código de Processo Civil, por certo não serão suficientes para a reestruturação do modo de deliberar do Supremo. Dentre as novidades, está, por exemplo, o artigo 927³⁸⁹, que delimita – de modo exemplificativo e em algumas hipóteses

³⁸⁶ FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. Constitutional Adjudication: Lessons From Europe. In: *Texas Law Review* 82 (2004): 1671-1704. p. 1680

³⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. A Ética dos Precedentes. Justificativa do novo CPC. 1 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 68. Marinoni salienta que “estão por detrás da falta de respeito aos precedentes argumentos retóricos de natureza jurídica, valores culturais e, inclusive, um nítido interesse num sistema judicial incoerente e aberto a mudanças repentinas. É importante perceber que a falta de autoridade das decisões das Cortes Supremas não deriva apenas da rejeição teórica à ideia de que as suas decisões devem definir o sentido do direito e, portanto, orientar os demais tribunais, mas também do desinteresse de posições sociais significativas na racionalização da distribuição do direito no país”. (*ibid.*, p. 72)

³⁸⁸ KLAFKE, Guilherme Forma. *Vícios no processo decisório do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob orientação do Professor Henrique Motta Pinto. São Paulo, 2010. p. 124

³⁸⁹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e

equivocado³⁹⁰ – as decisões às quais devem os juízes e tribunais observar. No entanto, vale ressaltar que, na verdade, todas as decisões das Cortes Supremas, responsáveis por atribuir sentido ao direito, têm eficácia obrigatória. Esse é apenas um exemplo que demonstra a insuficiência de alterações normativas, seja porque imprescindem de interpretação ou ainda porque equivocadas.

Diante desse quadro, mister se faz a adoção pelas Cortes de Vértice brasileiras de uma prática justificativa capaz de fornecer uma fundamentação adequada às partes, à sociedade civil e aos órgãos ordinários da jurisdição, quanto um precedente idôneo, vinculante horizontal e verticalmente, apto a orientar, prospectivamente, a interpretação do direito. Vale dizer, sugere-se uma prática primariamente interpretativa e apenas subsidiariamente de controle. E, mais do que tudo, aponta-se a necessidade da realização de uma profunda reforma cultural “pré-ordenada para preservação da liberdade e para a realização da igualdade mediante a promoção da segurança jurídica”.³⁹¹

do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

³⁹⁰ Para Marinoni, “a norma diz que os juízes devem observar hipóteses que não guardam qualquer homogeneidade”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 21)

³⁹¹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. pp. 149-150.

CONCLUSÃO

O modelo de Corte de Controle associado ao formalismo interpretativo ainda é reproduzido no Brasil e, com maior ou menor intensidade, em geral, nos sistemas de *civil law*, não obstante a transformação na função das Cortes impulsionada pela evolução da teoria da interpretação, o impacto do constitucionalismo e o emprego de cláusulas gerais. O perfil recursal do Supremo Tribunal Federal ainda é o que mais se destaca, em detrimento do perfil constitucional, responsável pelo controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Além disso, a Corte Constitucional brasileira opera na maior parte do tempo como um tribunal monocrático e, mesmo quando atua em plenário, lança mão de técnicas personalistas de deliberação e justificação.

Na fase deliberativa, a ausência de troca de votos antes das sessões e a indefinição das questões a serem deliberadas resulta em um debate escasso e tímido, limitado, em regra, ao esclarecimento de dúvidas individuais. O relatório apresentado pelo relator, em geral extenso e impreciso, não delimita as questões controvertidas, de modo que, ausente uma linha condutora, não raras vezes os ministros tratam cada qual de questões diferentes, muitas das quais, aliás, podem ser definidas como marginais. A redação do voto sem que antes haja oportunidade de discussão e exercício de persuasão mútua entre os ministros menospreza o valor da colegialidade e estimula a construção individual dos argumentos. O diálogo, na melhor das hipóteses, ocorre dentro dos gabinetes dos ministros. O mesmo obstáculo é causado pelos pedidos de vista, técnica que permite a interrupção do julgamento de um caso por apenas um ministro, o que reflete uma completa ausência de disposição em trabalhar em equipe e quebra o desenvolvimento da discussão colegiada.

Se isso não bastasse, as sessões de julgamento do STF são não apenas abertas ao público, como televisionadas e limitadas a uma única sessão. Ora, assim como não é razoável que os ministros formem seus raciocínios antes de debater, persuadir e serem persuadidos pelos demais tampouco o é que se restrinja o contato dos ministros a um único momento. Além disso, é certo que a probabilidade de um ministro alterar seu voto após sua exposição a uma grande plateia – a sociedade brasileira – é restrita, na medida em que, como todo ser humano, preza por sua imagem e teme a censura e menosprezo da opinião pública. Assim, a preocupação em impressionar uma audiência externa prevalece sobre a preocupação em se chegar a um consenso, por meio de uma unidade institucional decisória.

Tal panorama também se reproduz na fase pós-decisional, na qual, por meio de um escrito desorganizado, o tribunal reproduz ideias incompletas e desconexas, incapazes de

orientar casos futuros. Há a simples soma dos resultados dos votos o que resulta em um “placar final” e ignora o compartilhamento ou não de uma *ratio decidendi* pela maioria. Além disso, autoriza-se todos os membros da Corte a proferir um voto na íntegra, ainda quando reproduz o mesmo resultado e os mesmos fundamentos de outro já proferido. Tais escritos não dialogam entre si, de modo que os votos convergentes e divergentes não contribuem para o aprimoramento da linha de argumentação vencedora e tampouco para o desenvolvimento do direito.

Verifica-se, assim, grande desestímulo pela busca do consenso, resultado, em geral, de acomodações e concessões recíprocas às quais se chega após o exercício de persuasão. De mais a mais, os membros do Judiciário compartilham uma ideia distorcida segundo a qual para exercer sua autonomia e independência devem ser livres para decidir de acordo com sua convicção. Além disso, são empregados argumentos de autoridade e, de modo adversarial, “vence” quem angariar apoio de mais colegas.

Ora, na medida em que a legitimidade da atividade jurisdicional se fundamenta em sua capacidade argumentativa, o modo de deliberação do STF deve ser repensado. Em primeiro lugar, deve atuar como Corte Suprema, isto é, como Corte de interpretação que, por meio de precedentes, orienta a aplicação do direito, de forma pró-ativa. Em segundo lugar, há a necessidade da reformulação de diversas regras procedimentais que hoje reproduzem um modelo rígido e personalista no qual de interação

Dentre outras, devem ser repensadas as regras que preveem a publicidade das sessões de julgamento, salvo deliberação contrária (art. 124), a restrição da participação de cada ministro a duas manifestações (art. 133), a previsão do pedido de vista (art. 134) e o descontrole do prazo para a reinserção do processo em pauta, o cômputo do voto de ministros que após a reinserção em pauta já tenham deixado o exercício do cargo (134, §1), a possibilidade de participação de ministros que não tenham assistido ao relatório e aos debates (art. 134, §2), o constrangimento dos ministros a encerrar o julgamento, uma vez iniciado, na mesma sessão (art. 139), a prerrogativa de os ministros suprimirem votos e falas, injustificadamente, e a atribuição da redação do acórdão e da ementa a um único julgador, seja o relator (art. 96, §4) ou que houver proferido o primeiro voto proclamado da corrente majoritária (art. 135, §4), sem que os demais sobre sua linguagem e conteúdo possam se manifestar.

Merece destaque a previsão de uma única sessão de julgamento e sua publicidade. Transparência não se confunde com publicidade midiática. Esta, em verdade, acaba por promover deliberações mais discretas e cautelosas, visto que ao gerar inseguranças e

preocupações no juiz a respeito da formação de sua auto-imagem, desestimula-o a alterar sua posição original ou ainda a trazer argumentos muito inovadores ou polêmicos.

Ora, um tribunal transparente é aquele que apresenta justificações inteligíveis, organizadas, racionais, coerentes e de fácil identificação, e não aquele que ao vivo transmite suas sessões de julgamento. Estas, aliás, limitam-se à leitura de votos prontos. Não há momentos prévios nos quais seja possível a discussão do caso entre os juízes e a esfera pública e a reflexão e acomodação de argumentos entre os julgadores. Tendo isso em vista, é interessante que se reflita sobre a possibilidade de realização de um momento confidencial de discussão entre os ministros, posterior e independente às sustentações orais.

Saliente-se, porém, que reformas normativas não são suficientes caso não sejam acompanhadas de uma revolução cultural. Isso porque o déficit deliberativo do STF pode ser associado, basicamente, à ausência de um sentimento de missão institucional entre os ministros e a reprodução de uma cultura personalista, patrimonialista e irracional. Exige-se a redefinição do papel do relator, o qual, ciente de integrar uma instituição despersonalizada, deve redigir um projeto de relatório, com a indicação da moldura fática do caso – para que assim seja possível a realização de futuro *distinguish* – e a delimitação das questões sobre as quais a Corte deverá se pronunciar, e disponibilizá-lo aos demais para eventual complementação.

Além disso, a par da influência do seu voto para os demais, deverá nele apresentar não somente sua visão a respeito do caso tratado, mas o máximo de informações possíveis, inclusive com pontos de vista diversos dos seus. Recomenda-se, ainda, que tal proposta de discussão do caso seja distribuída previamente entre os demais membros da Corte, para que possam com ela concordar e, assim, poupar tempo e energia, ou dela discordar e, assim, apresentar contra-argumentos robustos.

Tomada a decisão, os ministros devem se preocupar em apresentá-la à esfera pública colegiadamente, em respeito à unidade institucional da qual fazem parte. Permitir que até 11 votos sejam publicados, ainda que com fundamentações e resultados coincidentes, é irracional. Na mesma medida, a apresentação de votos cujos argumentos não se relacionam uns com os outros em nada acrescenta ao desenvolvimento ao direito. Os votos divergentes e concorrentes devem dialogar com a opinião majoritária da Corte, a qual, aliás, deve ser compreendida como “a” opinião da Corte. As redações dos votos nos quais se justificam a *ratio decidendi* (quando existente), o fundamento concorrente e o fundamento dissidente devem preferencialmente ser realizadas em separado e pelos ministros que primeiro tenham lhe pronunciado.

Na verdade, tais escritos devem corresponder a “projetos de voto”, aos quais os demais ministros devem poder apresentar sugestões e críticas e, assim, influir no modo pelo qual a deliberação será expressa. Além disso, é interessante que na ementa conste um resumo do voto da maioria e a menção e, sinteticamente, os argumentos concorrentes e dissidentes. Importa também estimular a redação de decisões mais enxutas, com linguagem objetiva.

A despeito de não ser possível a simples exportação de modelos externos a outro contexto, perspectivas interessantes puderam ser abstraídas do modo de decidir da Supreme Court e da Corte Costituzionale e adaptadas criativamente à prática deliberativa do STF. No entanto, saliente-se que tais sugestões não são viáveis até que também seja repensada a multiplicidade de vias de acesso à Corte e seu controle de agenda, variáveis, porém, a serem refletidas em outro trabalho.

Importa aqui reconhecer que a forma como hoje é realizada a deliberação no STF não resulta nos benefícios normalmente associados a uma decisão colegiada, como a maximização das informações disponíveis aos julgadores, a despersonalização do resultado final e o desenvolvimento coletivo de soluções criativas. Por isso, o refinamento das técnicas colegiadas é fundamental para o fortalecimento da Corte como instituição e de sua legitimidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGUELHES, Diego Werneck e HARTMANN, Ivar A. A monocratização do STF. Publicado 3 de Agosto, 2015. Disponível em <http://jota.info/a-monocratizacao-do-stf>. Acesso em 26 de outubro de 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck e RIBEIRO, Molhano Leandro. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. In: *Revista Direito e Práxis*. Vol. 4, n. 7, 2013, pp. 85-121.

ARGUELHES, Diego Werneck; CERDEIRA, Pablo de Camargo e FALCÃO, Joaquim. Relatório Supremo em Números. O Múltiplo Supremo In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 399-452, jan./abr. 2013

BARROSO, Roberto. As razões sem voto. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Volume 5. Número Especial. 2015.

BAUM, Lawrence. *Judges and Their Audiences: A perspective on judicial behavior*. Princeton University Press: New Jersey, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2581 ED, Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão proferido em 15.04.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3854-1/DF. Relator: Min. Cezar Peluso. Acórdão proferido em 28.02.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade no 3.138. Relatora: Cármen Lúcia. Acórdão proferido em 14/09/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário nº 564.413. Relator: Marco Aurélio, Brasília, DF, 13 ago. 2014.

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, [1936] 1995.

CASSESE, Sabino. The Will of the People. In: *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale (dialogo di diritto comparato)*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2012.

CHAVES, Matheus Kudlaviec. *Decisão e deliberação no Supremo Tribunal Federal: análise do processo decisório do STF a partir de acórdãos sobre direito previdenciário*. 2015. 70 p. Monografia (graduação) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição federal, controle jurisdicional e níveis de escrutínio. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 9, n. 32, p. 97-123, jul./set. 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. In: *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. DOI: [http:// dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534](http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534)

COSTA, Sylvio e SARDINHA, Edson. Congresso em foco: Marco Aurélio critica “troca de votos” no STF. UOL. Publicado em 17/04/2014. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/marco-aurelio-critica-%E2%80%99Ctroca-de-votos%E2%80%99D-de-ministros-no-stf/>. Acesso em 29 de outubro de 2016

DUSSEL, Enrique. 20 teses de política. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

EDWARDS, Harry. T. *The effects of collegiality on judicial decision making*. University of Pensilvania Law Review 151, 5, 2003.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo e ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números O Múltiplo Supremo*. Fundação Getúlio Vargas, abril de 2011

FEREJOHN, John and PASQUINO, Pasquale. “Constitutional Adjudication: Italian Style”, proceedings of a conference at University of Chicago, October 2009, ed. Tom Ginsburg, forthcoming, Cambridge University Press, 2010.

FEREJOHN, John and PASQUINO, Pasquale. “Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice.” In: *Constitutional Justice, East and West*, ed. Wojciech Sadurski, 21-36. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. "Constitutional Adjudication: Lessons From Europe." In: *Texas Law Review* 82 (2004): 1671-1704.

FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. Tribunais constitucionais como instituições deliberativas. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, 91, 1993.

FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, 84, 2, 2005.

GILLMAN, Howard. "The Court as an Idea, not a Building (or a game): interpretive institutionalism and the analysis of Supreme Court Decision-Making". In: C. W. Clayton & H. Gillman (eds.), *Supreme Court Decision-Making: new institutionalist approaches*, Chicago, The University of Chicago Press, 1999.

HORBACH, Carlos Bastide. É preciso mais deliberação no Supremo Tribunal Federal? *Os Constitucionalistas*. Publicado em 17.11.13. disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/e-preciso-mais-deliberacao-no-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 30 de outubro de 2016

JARAMILLO. Leonardo García. ¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. In: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 60, n. 2, maio/ago. 2015, p. 67-95

KLAFKE, Guilherme Forma e PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. In: *Revista de Estudos Empíricos em Direito Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1, n. 1, jan 2014, p. 89-104

KLAFKE, Guilherme Forma. *Vícios no processo decisório do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob orientação do Professor Henrique Motta Pinto. São Paulo, 2010

KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. In: *California Law Review* 81, 1, 1993.

KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. "Unpacking the Court." *The Yale Law Journal* 96, 1, 1986.

KORNHAUSER, Lewis. Deciding together. *Journal of Institutional Studies* 1. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015

LAIN, Corinna Barrett. Upside-Down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal*. Vol. 101:113, 2012. Disponível em: <http://georgetownlawjournal.org/files/2012/11/Lain.pdf>

LIMONGI, Fernando Papaterra. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco (org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2000, v.1.

MANSBRIDGE, Jane *et al.* The place of Selfinterest and the Role of Power in deliberative democracy. *The Journal of Political Philosophy*: Volume 18, Number 1, 2010, pp. 64–100

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. Justificativa do novo CPC. 1 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

MARTINS, Alberto André Barreto. Organização judiciária dos Estados Unidos da América. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7430. Acesso em 31 de outubro de 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. Juízes do Supremo são midiáticos. *Os Constitucionalistas*. Publicado em 27.01.14. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/juizes-do-supremo-sao-midiaticos>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

MELO, João Ozorio. Limite da imparcialidade. Campanha para eleições de juízes é a mais controversa nos EUA. *Conjur*. Publicado em 4 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-04/campanha-eleicoes-juizes-controversa-eua>. Acesso em 31 de outubro de 2016

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Os constitucionalistas*. Publicado em 18/09/2010. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: PINTO, H. M. *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. São Paulo: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. The University of Edinburgh School of Law, 2011

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Doctoral dissertation approved by the Department of Political Science at the University of São Paulo, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Os Constitucionalistas*. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

MENDES, Conrado Hübner. O STF no tribunal da opinião pública. *Os constitucionalistas*. Publicado em 29/01/2012. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-no-tribunal-da-opinioao-publica>. Acesso em 30 de outubro de 2016

MIGALHAS. Credibilidade: Apenas 29% da população confia no Judiciário, diz pesquisa. Publicado em 31 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI248251,51045-Apenas+29+da+populacao+confia+no+Judiciario+diz+pesquisa>. Acesso em 31 de outubro de 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2014

NONATO, Israel. Entrevista – Conrado Hübner Mendes: “O STF é refém do capricho de seus ministros”. *Os Constitucionalistas*. Publicado em 08/06/2016. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros>. Acesso em: 30 de outubro de 2016. Acesso em 30 de outubro de 2016.

OLIVEIRA, F.L. de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. *Revista de Sociologia e Política*. Vol. 20, 44, 2012.

OS CONSTITUCIONALISTAS. Conversas acadêmicas com Daniel Sarmento. O STF não é o centro do constitucionalismo. Publicado em 25/05/2014. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo>. Acesso em 30 de outubro de 2016. Acesso em 30 de outubro de 2016.

PASQUINO, Pasquale. "Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy." *Ratio Juris* 11, 1 (1998): 38-50.

RAWLS, John. Political Liberalism. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005.

RIBEIRO, Caio Gentil. *Voto-vista e deliberação no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob a orientação do Prof. Victor Marcel Pinheiro. São Paulo, 2011.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SHAPIRO, IAN. *Optimal deliberation*. The journal of political philosophy: Volume 10, number 2, 2002, pp. 196-211.

SILVA, Virgílio Afonso da, e MENDES, Conrado Hübner. Entre a transparência e o populismo judicial. Folha de S. Paulo. Publicado em 11.05.2009. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1105200908.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2016

SILVA, Virgílio Afonso da. "Um voto qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015. p. 192

SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal. In: *Direito, Estado e Sociedade* n. 47 p. 205 a 225 jul/dez 2015

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 11, 2013. p. 557-584. p. 581.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de direito Administrativo*, v. 250, 2009. p. 216

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagai de. (Coord). “Accountability” e jurisprudência do STF: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: sbdp/Malheiros, 2012. pp. 87-88

TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado*: Ensaio. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

VALE, André Rufino do. A deliberação no Supremo Tribunal Federal: ensaio sobre alguns problemas e perspectivas de análise teórica. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

VALE, André Rufino do. Observatório constitucional. É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Conjur*. Publicado em 1 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

VASCONCELLOS, Marcos. Óleo na engrenagem. Maior trabalho de gabinetes do STF é com casos que o ministro não vai julgar. *Conjur*. Publicado em 2 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf-parte>. Acesso em 30 de outubro de 2016

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, Dec. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322008000200005&lng=en&nrm=iso. Acesso em 12 de junho de 2016.